

CÍNTIA MARANGONI

AÇÃO COLETIVA PASSIVA

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
2011

CÍNTIA MARANGONI

AÇÃO COLETIVA PASSIVA

Monografia apresentada à Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo
como requisito para a obtenção do título
de Especialista em Direito Processual Civil.

Orientador Prof. Cláudio Cintra Zarif

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
Faculdade de Direito
SÃO PAULO
2011

Ficha catalográfica – PUC/SP

Marangoni, Cíntia
Ação coletiva passiva / Cíntia Marangoni – São Paulo,
SP: 2011

número de folhas em formato 00 f.

Orientador: Cláudio Cintra Zarif
Monografia (Especialização)
PUC/SP – Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo – Faculdade de Direito
Inclui bibliografia

1. Ação coletiva passiva 2. Ação civil pública 3.
Legitimidade extraordinária passiva I. Zarif, Cláudio
Cintra II. Pontifícia Universidade Católica de São
Paulo. Faculdade de Direito. III. Ação coletiva passiva.

CÍNTIA MARANGONI

AÇÃO COLETIVA PASSIVA

Monografia apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como requisito para a obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil.

Orientador: Prof. Cláudio Cintra Zarif

Faculdade de Direito – PUC/SP

Nota: _____

Prof(a): _____
Nota: _____

Nota: _____

Prof(a): _____
Nota: _____

Nota: _____

Média Final: _____

São Paulo, _____ de _____ de 2011.

Agradeço ao meu professor orientador, Cláudio Cintra Zarif, por toda a atenção.

E aos meus colegas, por toda convivência benéfica ao aprendizado.

À minha família.

Ao meu marido, Rodrigo.

“Quando você tiver provado a sensação de voar, andará na terra com os olhos voltados para o céu, onde esteve e para onde desejará voltar.” (Leonardo da Vinci)

RESUMO

A presente pesquisa evidencia a importância das “ações coletivas passivas” no processo coletivo, tanto no direito brasileiro como no direito alienígena, a fim de engrandecer as possibilidades de resolução de conflitos de interesses.

Esta espécie de demanda coletiva não tem previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, razão pela qual muitos doutrinadores não a admitem no “sistema da ação civil pública”.

Mas os estudiosos que defendem a criação deste instituto lembram que o respeito à “garantia constitucional do acesso à justiça” e ao “princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição” poderiam embasar a sua aceitação.

A doutrina e a jurisprudência também são mencionadas como possíveis fundamentos para a existência das “ações coletivas passivas”, tendo em vista que são consideradas como “fontes do direito” (indiretas ou mediatas) por alguns autores.

Isso porque muitos doutrinadores já afirmam a possibilidade de exercício desta espécie de ação civil pública, e no foro brasileiro são encontrados diversos exemplos, ainda que sem a nomenclatura de “ação coletiva passiva”.

Este trabalho também traz os projetos de “Códigos de Processo Coletivo” criados por renomados estudiosos, assim como cita as “defendant class actions” do direito norte-americano, com a finalidade de embasar a defesa destas demandas.

Neste estudo de soluções ao problema da falta de previsão da “legitimação extraordinária passiva”, nota-se que alguns autores, mesmo não aceitando a existência das “ações coletivas passivas”, admitem algumas exceções, nas quais uma coletividade é posta no polo passivo do processo coletivo, com o fundamento de garantir o acesso à jurisdição.

Assim, buscando atender às necessidades atuais, tendo em vista que o direito deve evoluir com a sociedade, lembramos a necessidade da edição de leis que regulamentem este instituto.

Em conclusão, destacamos a importância das “ações coletivas passivas” na resolução de contendas no âmbito do processo coletivo, ressaltamos a possibilidade de seu exercício por diversos fundamentos, e propomos a reformulação do “sistema da ação civil pública”, a fim de incluí-la como uma de suas espécies.

ABSTRACT

This research highlights the importance of “passive collective action” in collective lawsuit, in both Brazilian and foreign law in order to enlarge the possibilities of resolution of conflict of interests.

This kind of class action is not expressly provided by the Brazilian legal system, which is why many scholars do not acknowledge it in the “system of public civil action”.

But scholars who advocate the creation of this institute point out that respecting the “constitutional right of access to justice” and the “principle of non-refoulement” would base its acceptance.

The doctrine and jurisprudence are also mentioned as possible reasons for the existence of “passive collective actions”, considering they are seen as “sources of law” (indirect or mediated) by some authors.

This is because many scholars have affirmed the possibility of exercising this kind of public civil action, and in the Brazilian court several examples are found, even without being named as “passive collective action”.

This work also brings the projects of “collective action codes” created by renowned scholars, and cites the “defendant class actions” of American law, in order to base the defense of these demands.

In this study of solutions to the problem of lack of foresight of the “extraordinary passive legitimacy”, it is possible to note that some authors, even not accepting the existence of “passive collective actions”, admit some exceptions, in which a community is placed in the passive side of the collective lawsuit, on the ground to ensure access to jurisdiction.

So, trying to meet current needs, considering that the law must evolve with society, we point out the necessity for enactment of laws to regulate this institute.

In conclusion, we emphasize the importance of “passive collective actions” in resolving disputes under the collective lawsuit, we highlight the possibility of its exercise by various foundations, and propose to reform the “system of public civil action” in order to include them as one of its kind.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I – BREVES NOÇÕES SOBRE AS FONTES DO DIREITO	15
1.1. A importância da doutrina e da jurisprudência	16
1.2. Dos princípios gerais de direito	19
1.2.1. Do princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição	21
CAPÍTULO II – AÇÕES COLETIVAS E AÇÃO CIVIL PÚBLICA	24
2.1. Breve histórico no ordenamento jurídico brasileiro	31
2.2. Interesses ou direitos difusos	36
2.3. Interesses ou direitos coletivos em sentido estrito	41
2.4. Interesses ou direitos individuais homogêneos	46
CAPÍTULO III – DA LEGITIMIDADE NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA	51
3.1. Da legitimidade ativa na ação civil pública	51
3.1.1. Da legitimação extraordinária, ordinária, anômala ou autônoma para a condução do processo	70
3.2. Da legitimidade passiva na ação civil pública	76
CAPÍTULO IV – DAS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS	78
4.1. Considerações iniciais e definição de ação coletiva passiva	78
4.2. Legitimidade passiva nas ações coletivas passivas	81
4.3. Origem das ações coletivas passivas no Brasil	89
4.4. Espécies de ações coletivas passivas	91
4.5. Classificação das ações coletivas passivas	92
4.6. Procedimento e regras aplicáveis às ações coletivas passivas	93
4.7. Coisa julgada nas ações coletivas passivas	94
CAPÍTULO V – DAS AÇÕES COLETIVAS ATIVAS REVERSAS	101
CAPÍTULO VI – PROJETOS DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COLETIVO E O PROJETO DE LEI Nº 5.139 DE 2009	103
CONCLUSÃO	111
ANEXOS	
I. Projeto de Lei nº 5.139/09 e Exposição de Motivos	116
II. Código de Processo Civil Coletivo: um modelo para países de direito escrito (Antonio Gidi)	137
III. Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América	150
IV. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivo (IBDP)	165
V. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: o Anteprojeto elaborado no âmbito dos programas de pós-graduação da UERJ e UNESA	186
REFERÊNCIAS	204

INTRODUÇÃO

O intuito da presente pesquisa é demonstrar a importância das ações coletivas, especificamente das ações civis públicas, na tutela dos direitos coletivos “*latu sensu*”, no que tange a criações e entendimentos doutrinários referentes às chamadas “ações coletivas passivas”, que colaboram na idealização de uma sistemática que prestigia a garantia constitucional de acesso à justiça.

Em relação a esta garantia constitucional, os autores Cintra, Grinover e Dinamarco mencionam sua correlação com o princípio da inafastabilidade da jurisdição:

O *princípio da inafastabilidade* (ou princípio do controle jurisdicional), expresso na Constituição (art. 5º, inc. XXXV), garante a todos o acesso ao Poder Judiciário, o qual não pode deixar de atender a quem venha a juízo deduzir uma pretensão fundada no direito e pedir solução para ela. Não pode a lei “excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito” (art. cit.), nem pode o juiz, a pretexto de lacuna ou obscuridade da lei, escusar-se de proferir decisão (CPC, art. 126).

Esse princípio ganha especial relevo na doutrina processual moderníssima, revestindo-se da conotação de síntese da garantia constitucional de acesso à justiça. (Cintra et al. 2009, p. 155)

No sentido de maximização do acesso à jurisdição, este trabalho analisa o importante papel das “ações coletivas passivas”, ou ainda, das “ações coletivas ativas reversas”, ou qualquer outra designação doutrinária que se dê para estas espécies de demandas criadas pela doutrina, tendo em vista a inexistência de expressa previsão legal a respeito.

Isto porque o Direito não é uma ciência estanque, mas desenvolve-se conjuntamente com a evolução da sociedade, e por isto a doutrina e a jurisprudência são tidas como suas fontes indiretas ou mediatas (ou fontes interpretativas, como preferem os que não as consideram como fontes), conforme menciona Maciel, especialmente sobre o papel da doutrina:

Devido ao fato de formalmente não haver obrigação de os tribunais acatarem o disposto na doutrina, mesmo que seja amplamente dominante, é ela considerada fonte mediata, havendo autores que não a consideram como fonte do direito, em que pese sua fundamental importância para a interpretação do direito.

Miguel Reale entende que a doutrina não deve ser considerada fonte por razões diferentes das apontadas no parágrafo anterior, justificando que isso ocorre devido ao fato de a doutrina não se desenvolver numa estrutura de poder, sendo este requisito essencial ao conceito de fonte.

A doutrina, então, é mais considerada como mola propulsora do sistema jurídico, além de fundamental como antecedente lógico para o surgimento da fonte estatal principal, que é a lei. (Maciel, 2011, p. 271)

O mesmo autor destaca entendimento semelhante quanto à jurisprudência, que pode ser considerada fonte mediata do direito, ou apenas fonte interpretativa da lei:

Importante começar este item destacando que, por mais que alguns autores afirmem ser a jurisprudência fonte do direito, tratando-a como fonte mediata, grandes juristas fazem muito bem a distinção desta com as autênticas fontes do direito, já que consiste ela apenas em uma “fonte interpretativa da lei, mas não chega a ser fonte do direito. (Maciel, 2011, p. 276)

A compreensão da doutrina como uma fonte do direito, ou mesmo como fonte interpretativa da legislação, mostra-se importante para a aceitação das chamadas “ações coletivas passivas”, haja vista que, conforme já mencionado, as mesmas não são expressamente previstas, tampouco autorizadas, pelo nosso ordenamento jurídico atual.

Da mesma forma deve ser entendida a jurisprudência, uma vez que, conforme se depreenderá do presente trabalho, as “ações coletivas passivas” podem não estar disciplinadas em lei, mas transparecem em diversas demandas judiciais, a despeito de não se apresentarem com esta nomenclatura.

Esta espécie de tutela coletiva não foi vislumbrada pelos legisladores brasileiros, mas sim por doutrinários e estudiosos, brasileiros e alienígenas, que tentam solucionar situações práticas nas quais uma ação judicial pretenda ser intentada perante um grupo ou coletividade de pessoas, titulares de direitos coletivos em sentido amplo, que seriam, então, representados por um legitimado extraordinário.

Ocorre que, por não haver previsão de legitimação extraordinária para o polo passivo das ações coletivas, nem na Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), tampouco no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) – principais leis que compõem o “sistema da ação civil pública” (Cf. Souza, 2008, p. 25) -, a maioria da doutrina não antevê a possibilidade de demandas com estas características de uma “tutela jurisdicional coletiva passiva” (Cf. Didier Jr. e Zaneti Jr., 2010, p. 411).

Ademais, nosso sistema legal, criado para regulamentar as situações que envolvam direitos e interesses metaindividuais, voltou-se à “tutela” da coletividade, não prevendo a possibilidade de as ações coletivas serem intentadas “contra” esta mesma coletividade. Assim evidenciou Maia:

A defesa coletiva de direitos em juízo, no entanto, não costuma estar relacionada à *imposição de limites* à coletividade. Com muito mais frequência são tratados os casos em que a tentativa de prevenir ou sanar lesões a interesses ou direitos transindividuais se coloca como meio de *proteção* da coletividade. Por não outro motivo, quase todo o conjunto normativo elaborado para a solução de conflitos

supra-individuais foi erigido com o escopo de *proteger* o grupo, categoria ou classe, evitando sua vinculação a decisões contrárias aos seus interesses. (Maia, 2009, p. 01)

Este mesmo autor explica historicamente as razões desta falta de normatização:

A ação coletiva passiva, como era de se esperar, não se desenvolveu com a mesma intensidade do processo coletivo em geral. A ótica prevalente era a da proteção dos direitos metaindividuais. A visão da coletividade como vítima arrefeceu qualquer tentativa de desenvolver a ação contra a classe, de forma que o estudo do processo sob o vértice da lesão ou ameaça a interesses e direitos das coletividades levou ao natural posicionamento do grupo no pólo ativo da demanda. Essa é a explicação histórica da inércia do desenvolvimento da ação contra a coletividade organizada no sistema processual romano-germânico. (Maia, 2009, p. 29)

Contudo, mesmo os autores mais legalistas não descartam a possibilidade de uma modificação legislativa que preveja a substituição processual no polo passivo das demandas coletivas, a fim de serem resolvidas algumas situações observadas na prática.

Neste diapasão, Mazzilli destaca algumas hipóteses em relação às quais seria oportuno pensar-se nas ações coletivas passivas como forma de solucionar alguns conflitos de interesses:

Assim, se uma empresa quisesse consignar em juízo uma quantia para reparação de lesão a interesses individuais homogêneos, por que não o admitir em ação de sua iniciativa, se o poderia em ação movida contra ela por um dos legitimados ativos à ação civil pública ou coletiva? Se um colegitimado ativo pode ajuizar ação coletiva declaratória, visando ao reconhecimento da existência ou inexistência de uma relação jurídica de interesse de um grupo, classe ou categoria de pessoas, por que não poderia propor essa mesma ação declaratória a empresa que teria legitimidade para responder, no polo passivo, à ação civil pública? Se o Ministério Público pode ajuizar ação civil pública visando à declaração de nulidade de cláusula contratual abusiva em prejuízo de consumidores considerados de forma coletiva, por que a empresa não poderia propor uma ação declaratória, para obter um provimento jurisdicional que declarasse *erga omnes* a validade ou invalidade dessa mesma cláusula? (Mazzilli, 2009, p. 364)

Portanto, para este autor, apenas em havendo uma alteração na legislação, no que se refere à sistemática das ações coletivas, poder-se-ia falar em substituição processual no polo passivo:

Somente quando advier eventual alteração legislativa em matéria de tutela coletiva, é que será possível cogitar de uma disciplina mais ampla para a substituição processual também no polo passivo. (Mazzilli, 2009, p. 364)

Então, com vistas ao entendimento mais legalista, que enxerga a necessidade de uma inovação legislativa para a desenvoltura deste tipo de demanda, este trabalho também abordará, ainda que sucintamente, alguns projetos de Código de Processo Coletivo, assim como fará menção ao Projeto de Lei nº 5.139 de 2009, que previu uma Nova Lei da Ação Civil Pública, mas foi rejeitado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados¹.

Isto porque esta pesquisa tem como objetivo geral analisar a importância das ações civis públicas, agora na vertente de proteção às “situações jurídicas coletivas passivas”, para que futuramente seja confeccionado um regramento jurídico específico ao fenômeno (Cf. Didier Jr. e Zaneti Jr., 2010, p. 411).

Ademais, apenas julgar extintas determinadas ações intentadas com estas características, alegando carência de ação por ilegitimidade de parte, ou mesmo falta de interesse de agir, não contribuirá em nada para a resolução de conflitos que posteriormente serão discutidos em novas ações, propostas com as mesmas partes, mas agora com a coletividade no polo ativo, já que somente esta hipótese se encontra autorizada.

Por exemplo, em uma das situações hipotéticas descritas acima por Mazzilli, em que determinada empresa consignasse em juízo uma quantia para fins de reparação de lesão a interesses individuais homogêneos, se esta ação fosse julgada improcedente ou extinta sem julgamento de mérito, posteriormente um dos legitimados ativos à ação civil pública moveria idêntica demanda contra esta mesma empresa (mas agora, com os polos da demanda “invertidos”), o que apenas protelaria a solução desta problemática (Cf. Mazzilli, 2009, p. 364).

Desta feita, conforme se demonstrará, a aceitação das chamadas “ações coletivas passivas” em muito contribui para o engrandecimento das possibilidades de resoluções de conflitos de interesses, na seara dos interesses difusos e coletivos, que têm sempre uma conotação de interesse social, assim como este entendimento também privilegia o acesso à jurisdição, na acepção de garantia de acesso à justiça.

Assim, esta pesquisa procurará aprofundar-se, buscando entender os argumentos dos poucos autores que tratam desta temática, e que em sua fundamentação também remetem a outros autores e legislações estrangeiros, como a dos Estados Unidos da América, que prevê as “defendant class actions”, conforme menciona Maia:

¹ Os anteprojetos de Códigos de Processo Coletivo e o Projeto de Lei nº 5.139/09 serão estudados no Capítulo VI, e os respectivos textos se encontram nos Anexos deste trabalho.

Muito embora não se tenha a pretensão de fazer um estudo de direito comparado, os Estados Unidos da América merecem destaque no presente trabalho 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 desenvolveram-se no sistema norte-americano em razão da homogeneidade de tratamento dispensada ao autor e ao réu no que concerne à legitimidade para figurar no processo. Em geral, a estrutura da regra 23 do Código de Processo Civil Federal norte-americano (*Federal Rules of Civil Procedure*), que trata das *class actions* na Justiça Federal, é simétrica, não fazendo distinção entre o autor e ao réu no litígio coletivo. (Maia, 2009, p. 32)

Para tanto, o estudo do tema em questão terá por método de procedimento o bibliográfico dissertativo-argumentativo, já que esse se caracteriza por uma explanação de ideias e conclusões baseadas em leituras de outros autores, apresentadas e explicitadas ao longo do trabalho de pesquisa.

Para a realização deste estudo, a pesquisa bibliográfica abrangerá livros, especialmente dos doutrinadores que tratam desta matéria, e textos de legislação esparsa e de anteprojeto, buscando discutir os principais pontos, contra e a favor, desta criação doutrinária conhecida como “ação coletiva passiva”, de modo que se possa chegar a uma proveitosa conclusão.

CAPÍTULO I – BREVES NOÇÕES SOBRE AS FONTES DO DIREITO

Tendo em vista que, na introdução do presente trabalho, mencionamos a importância da doutrina e da jurisprudência para o estudo das ações coletivas passivas, por serem consideradas fontes do direito (indiretas, mediatas ou fontes interpretativas, como preferem os autores que não as consideram como fontes), faremos uma breve explanação sobre o assunto, sem a pretensão de esgotá-lo.

Como inicialmente ressaltado, as ações coletivas passivas não são expressamente previstas no ordenamento jurídico brasileiro, mas resultam de construção doutrinária, e podem mesmo ser encontradas em muitas ações judiciais, mesmo não trazendo expressamente esta terminologia.

Maciel explica o significado da expressão “fontes do direito”:

A expressão “fonte do direito” pretende significar origem, gênese, tanto no sentido de origem histórica e sociológica como no sentido de elaboração das normas e mesmo a busca do fundamento do direito, em uma análise filosófica. (...). (Maciel, 2011, p. 268)

Este mesmo autor explicita o conteúdo das denominações “fonte formal” e “fonte material” do direito:

Dentro do exposto no parágrafo *supra*, é importante distinguir entre fonte de cognição (formal) e fonte de produção jurídica (material). Estas estão relacionadas aos fenômenos sociais, como fatos econômicos, fatos sociais etc., aqueles que dão conteúdo às normas jurídicas. Já aquelas dão forma às fontes materiais, como as leis e os costumes. (Maciel, 2011, p. 268)

Interessante notar que Diniz prefere falar em “fonte formal-material”, defendendo que toda fonte formal traz em si um conteúdo de fonte material, e, portanto, não haveria porque distinguir-se as fontes formais das materiais:

Estamos com a teoria egológica de Carlos Cossio, que demonstrou que o jurista deve ater-se tanto às fontes materiais como às formais, preconizando a supressão da distinção, preferindo falar em *fonte formal-material*, já que toda fonte formal contém, de modo implícito, uma valoração, que só pode ser compreendida como fonte do direito no sentido de fonte material. Além disso, a fonte material aponta a origem do direito, configurando a sua gênese, daí ser fonte de produção, aludindo a fatores éticos, sociológicos, históricos, políticos etc.; que produzem o direito e condicionam seu desenvolvimento. A fonte formal lhe dá forma, demonstrando quais os meios empregados pelo jurista para conhecer o direito, ao indicar os documentos que revelam o direito vigente, possibilitando sua aplicação a casos concretos, apresentando-se, portanto, como fonte de cognição. (Diniz, 2009, p. 22)

Todavia, apesar de preferir a designação “fonte formal-material”, Diniz apresenta sua classificação para o que a doutrina em geral denomina “fontes formais do direito”:

As *fontes formais* podem ser estatais e não-estatais.

As *estatais* subdividem-se em legislativas (leis, decretos, regulamentos etc.), jurisprudenciais (sentenças, precedentes judiciais, súmulas etc.) e convencionais (tratados e convenções internacionais). As *não-estatais*, por sua vez, abrangem o direito consuetudinário (costume jurídico), o direito científico (a doutrina) e as convenções em geral ou negócios jurídicos. (Diniz, 2009, p. 22)

Gonçalves também apresenta uma didática classificação das fontes do direito, subdivididas em fontes formais e não formais, principal e acessórias, diretas e indiretas, que passamos a transcrever:

São consideradas *fontes formais* do direito a lei, a analogia, o costume e os princípios gerais de direito (arts. 4º da LICC e 126 do CPC); e *não formais* a doutrina e a jurisprudência. Dentre as formais, a lei é a fonte *principal*, e as demais, são fontes *acessórias*. Costuma-se, também, dividir as fontes do direito em *diretas* (ou imediatas) e *indiretas* (ou mediatas). As primeiras são a lei e o costume, que por si só geram a regra jurídica; as segundas são a doutrina e a jurisprudência, que contribuem para que a norma seja elaborada. (Gonçalves, 2008, p. 16)

1.1 - A IMPORTÂNCIA DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA

A doutrina é considerada como fonte mediata do direito, por inexistir obrigação em ser observada, apesar de colaborar diretamente na interpretação e aplicação do direito, como explica Maciel:

Devido ao fato de formalmente não haver obrigação de os tribunais acatarem o disposto na doutrina, mesmo que seja amplamente dominante, é ela considerada fonte mediata, havendo autores que não a consideram como fonte do direito, em que pese sua fundamental importância para a interpretação do direito.

Miguel Reale entende que a doutrina não deve ser considerada fonte por razões diferentes das apontadas no parágrafo anterior, justificando que isso ocorre devido ao fato de a doutrina não se desenvolver numa estrutura de poder, sendo este requisito essencial ao conceito de fonte.

A doutrina, então, é mais considerada como mola propulsora do sistema jurídico, além de fundamental como antecedente lógico para o surgimento da fonte estatal principal, que é a lei. (Maciel, 2011, p. 271)

Em relação a ser considerada a doutrina uma fonte mediata ou indireta, assim como a jurisprudência, cumpre mencionar a explicação de Silva, quanto à classificação das fontes em diretas (ou imediatas) e indiretas (ou mediatas):

Paulo Nader afirma que as **fontes** podem ser **diretas e indiretas**. As **diretas** são as fontes formais, a **lei** como fonte principal e o **costume** como fonte complementar, admitindo-se, ainda, como tais os **atos ou negócios jurídicos**, denominados por Leon Duguit de **atos-regras**, como os estatutos de uma entidade, os consórcios, os contratos públicos e particulares. Pondera-se que as normas derivadas dos atos-regras não possuem generalidade, mas o argumento é rebatido com a observação de que nem todas as leis são genéricas e existem atos-regras que possuem amplo alcance, como ocorre com os contratos coletivos, acordos coletivos e convenções coletivas de trabalho. Daí a importância das fontes negociais no direito do trabalho. Por outro lado, as **fontes indiretas**, segundo Nader, não criam a norma, apenas fornecem “ao jurista subsídios para o encontro desta, **como é a situação da doutrina jurídica em geral e da jurisprudência em nosso país**”.

Washington de Barros Monteiro também classifica as fontes jurídicas em **diretas ou imediatas** – a lei e o costume – e **indiretas ou mediatas** – a jurisprudência e a doutrina. (...). **[grifo nosso]**. (Silva, 2010, p. 40)

No que se refere à jurisprudência, os autores Cintra, Grinover e Dinamarco lembram que também não é pacífico o entendimento quanto a ser incluída dentre as fontes do direito:

É controvertida a inclusão da jurisprudência entre as fontes de direito: de um lado encontram-se aqueles que, partindo da idéia de que os juízes e tribunais apenas devem julgar de acordo com o direito já expresso por outras fontes, dele não se podem afastar; de outro lado, os que entendem que os próprios juízes e tribunais, através de suas decisões, dão expressão às normas jurídicas até então não declaradas por qualquer das outras fontes. (Cintra et al., 2009, p. 98)

No mesmo sentido, Maciel destaca que, enquanto para alguns a jurisprudência pode ser concebida como fonte mediata do direito, para outros ela será apenas uma “fonte interpretativa” da legislação:

Importante começar este item destacando que, por mais que alguns autores afirmem ser a jurisprudência fonte do direito, tratando-a como fonte mediata, grandes juristas fazem muito bem a distinção desta com as autênticas fontes do direito, já que consiste ela apenas em uma “fonte” interpretativa da lei, mas não chega a ser fonte do direito. (Maciel, 2011, p. 276)

O mesmo autor explicita o posicionamento contrário à concepção da jurisprudência como uma das fontes do direito, com o argumento de ser uma atividade que não traz inovações ao sistema jurídico:

Evidente que a atividade de julgar tem por característica, assim como a doutrina, de determinar mais claramente o sentido e o alcance da norma jurídica, principalmente da norma legal, quando o foco é o sistema romanista, que é o caso do sistema jurídico brasileiro. Portanto, esta atividade não tem a função de inovar, ficando muito difícil aceitar que um dos seus resultados, que é a jurisprudência, possa ser aceita como fonte do direito. Mesmo nos casos em que a jurisprudência venha a preencher lacunas, e se demore para editar norma legal para suprir estas, constituindo-se em normas gerais, o máximo que se alcança é um costume

jurisprudencial. E nesse caso o que se tem é um caso especial de costume, o costume jurisprudencial. (Maciel, 2011, p. 276)

Apesar das controvérsias, Maciel termina por trazer o entendimento de Miguel Reale, como um dos autores que admitem a jurisprudência como uma fonte jurídica:

Vale destacar o posicionamento de Miguel Reale, que parte da concepção de fonte do direito como estruturas normativas que implicam a existência de alguém com poder de decidir. Entende, portanto, que são quatro as fontes do direito: (a) a legal, resultante do poder estatal de legislar; (b) a consuetudinária, expressão do poder social inerente à vida coletiva; (c) a jurisdicional, que se vincula ao Poder Judiciário; (d) a fonte negocial, ligada ao poder que tem a vontade humana de instaurar vínculos reguladores do pactuado com outrem. Afirmar ainda o jurista que, “se uma regra é, no fundo, a sua interpretação, isto é, aquilo que se diz ser o seu significado, **não há como negar à Jurisprudência a categoria de fonte do Direito**, visto como ao juiz é dado armar de obrigatoriedade aquilo que se declara ser ‘de direito’ no caso concreto”. **[grifo nosso]**. (Maciel, 2011, p. 277)

No mesmo sentido contribui Silva, lembrando que a jurisprudência acompanha a evolução da sociedade:

Neste mesmo sentido, Washington de Barros Monteiro afirma *o importante papel da jurisprudência na formação do Direito*, já que “a lei é surda”, ou seja, nem sempre acompanha o progresso social. “É a jurisprudência que forçosamente segue o homem e o escuta sempre. O homem não lhe impõe seus arestos, mas, por sua livre vontade, força-a a pronunciar-se”. Enfatiza a importância da jurisprudência, que se antecipa à lei, como ocorreu, por exemplo, no direito de família, em matéria de locação e, principalmente, de responsabilidade civil. E termina: “Como bem diz o Supremo Tribunal Federal, a invariável sequência dos julgamentos torna-se como o suplemento da própria legislação. Praticamente, é o que está a suceder, na atualidade, com o direito sumular”. (Silva, 2010, p. 86)

Interessante mencionar que, em relação à súmula vinculante, instituto relativamente recente em nosso ordenamento jurídico, enquanto alguns autores entendem tratar-se de autêntica fonte jurídica, outros, como Maciel, fazem o mesmo raciocínio exposto quanto à jurisprudência, negando sua qualidade de fonte do direito:

O instituto da súmula vinculante foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por intermédio da Emenda Constitucional n. 45/2004 e regulamentado pela Lei n. 11.417/2006. Apesar de a súmula ser um ponto intermediário entre os dois grandes sistemas jurídicos ocidentais – o *Common Law* e o *Civil Law* –, pelos mesmos motivos apresentados no item anterior prevalece o entendimento de que, no sistema romanista, também a súmula vinculante, assim como a jurisprudência, não deve ser considerada fonte do direito. (Maciel, 2011, p. 277)

Mas, conforme dito, alguns autores, como Gonçalves, compreendem a súmula vinculante como uma fonte formal do direito, embora não admitam a mesma qualidade para a jurisprudência em geral:

A jurisprudência não pode, como regra, ser considerada, ao menos cientificamente, como fonte formal de direito, mas apenas fonte não formal ou informativa. **Mas há uma hipótese em que ela passa a ter força equiparada à das normas jurídicas, erigindo-se em fonte formal: a da edição de súmulas vinculantes pelo Supremo Tribunal Federal, na forma do art. 103-A da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional n. 45/2004.** Afora essa situação, as decisões judiciais, ainda que dos Tribunais Superiores, embora importantes fontes criadoras do direito, não vinculam as decisões de instâncias inferiores, embora tenham sobre elas repercussão inegável.

O nosso sistema jurídico é baseado, fundamentalmente, na lei escrita, de natureza geral, editada pelo Legislativo. Mas há países, como os da *common law*, nos quais a jurisprudência assume papel particularmente relevante, de verdadeira fonte formal do direito, em que os precedentes judiciais constituem modelos ou parâmetros para as decisões futuras. **[grifo nosso]**. (Gonçalves, 2005, p. 13)

1.2 - DOS PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO

Os princípios gerais de direito também são compreendidos como fontes do direito, conforme assevera Silva:

O que não pode mais gerar dúvidas é a assertiva de que os princípios gerais de direito *têm, sim, uma função normativa*, sendo, portanto, *fonte do Direito*. Maria Helena Diniz é veementemente contra a opinião doutrinária que não os considera como normas. E cita Josef Esser, para quem os princípios jurídicos são Direito positivo, ainda que não sejam regras precisas e independentes das regras gerais. (Silva, 2010, p. 79)

Maciel também destaca os princípios gerais na formação e aplicação do direito:

Os princípios gerais de direito são na realidade a fonte básica e primária do ordenamento jurídico. Já estão presentes na elaboração legislativa, possuindo supremacia em relação às regras e aos costumes, pois se têm força para gerá-los, também a possuem para invalidá-los. São normas que recepcionam valores, formando aspirações da sociedade que ordenam que se busque a melhor feitura possível. É a busca do ótimo. (Maciel, 2011, p. 275)

Este mesmo autor lembra que a aplicação dos princípios gerais de direito está expressamente prevista em nosso ordenamento jurídico, especialmente no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, e no artigo 126 do Código de Processo Civil, consistindo em pressupostos lógicos da legislação:

Previstos na Lei de Introdução ao Código Civil² (art. 4º), no Código de Processo Civil (art. 126) e na Consolidação das Leis do Trabalho (art. 8º), os princípios gerais de direito são as normas jurídicas mais gerais (fundamentais), que orientam todo o sistema jurídico. Decorrem do próprio fundamento da legislação positiva, já que, mesmo quando não são expressos, constituem os pressupostos lógicos necessários das normas legais, consistindo na manifestação máxima do espírito de uma legislação.

Entendidos da mesma forma que os postulados de um sistema científico, é dos princípios que derivam tanto as normas jurídicas quanto a interpretação destas, dando ao ordenamento jurídico a condição de sistema, ou seja, uma totalidade formada por elementos coerentes entre si em seus inter-relacionamentos. (...). (Maciel, 2011, p. 273)

Na sequência, Maciel relembra a importância da “constitucionalização” dos princípios gerais de direito, na sua evolução no sistema jurídico brasileiro, consubstanciando-se nos chamados “princípios constitucionais”:

A normatividade dos princípios, após ser proclamada e reconhecida pela doutrina mais moderna, sofre uma transposição, caminhando dos códigos para as constituições, momento em que os princípios deixam de ter valor meramente supletório para tornar-se o fundamento de toda a ordem jurídica, ganhando inclusive a denominação de “princípios constitucionais”, que são as normas supremas do ordenamento. Com o advento do pós-positivismo, um dos responsáveis por essa transmutação dos princípios, o que ocorreu foi a unificação dos princípios gerais de direito em torno dos princípios constitucionais, que passam a ocupar, como ensina Bonavides, “um espaço tão vasto que já se admite até falar (...) em Estado *princípioal*, nova fase caracterizadora das transformações por que passa o Estado de Direito”. (Maciel, 2011, p. 275)

No que se refere a princípios constitucionais, interessante notar que também no âmbito das ações coletivas passivas – ponto central do presente trabalho – deverão ser observados os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, dentre outros princípios que regem a sistemática processual.

Isto porque, apesar de não haver um procedimento expressamente delimitado para estas espécies de demandas coletivas³, quando de sua propositura deverão ser respeitados todos os princípios e garantias constitucionais que assegurem o devido processo legal, princípio constitucional processual mais amplo, que abarca ainda os princípios da ampla defesa e do contraditório, enunciados no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal. Neste sentido explica Maia:

De acordo com o apresentado, pode-se concluir que é justamente o *devido processo legal* que irá balizar e equalizar o procedimento da *ação coletiva passiva*, justificando e limitando a interferência do Poder Judiciário na esfera particular das

² Com a entrada em vigor da Lei nº 12.376/10, agora o Decreto-Lei nº 4.657/42 é denominado de “Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro”, e não mais de “Lei de Introdução ao Código Civil”.

³ Conforme será detalhadamente estudado no Capítulo IV do presente trabalho.

coletividades, legitimando a participação destes entes no processo e a sua vinculação ao provimento jurisdicional. (...)

Verifica-se, assim, extenso rol de garantias mínimas procedimentais, que devem ser observadas para a preservação dos princípios do *devido processo legal*, da *ampla defesa* e do *contraditório*. Tais garantias devem ser asseguradas, independente de haver procedimento específico para o caso concreto ou não, pois constituem a essência do sistema de tutela jurisdicional. (...). (Maia, 2009, p. 97)

Por fim, o mesmo autor aduz que o princípio do devido processo legal é que assegurará a regularidade procedimental nas ações coletivas passivas, principalmente tendo em vista não existir procedimento próprio para esta espécie de demanda:

Concluindo-se o raciocínio, no que tange à *ação coletiva passiva*, o *devido processo legal* e seus corolários devem atuar para garantir que os atos processuais sejam efetivados de forma *proporcional* ao bem jurídico em discussão, garantindo, *v. g.*, a *citação adequada*; permitindo ou impedindo a *legitimidade extraordinária passiva da coletividade*; estendendo ou limitando os *efeitos da coisa julgada*; garantindo os *tipos de tutela que serão exigíveis*; especificando os *tipos de direitos tuteláveis*, etc. (Maia, 2009, p. 99)

1.2.1 – DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

No que se refere aos princípios constitucionais, é de relevo mencionar o enunciado no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, chamado de princípio da inafastabilidade da jurisdição (ou princípio da inafastabilidade do controle judicial⁴), o qual preleciona que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Este dispositivo encerra um direito público subjetivo, que decorre do monopólio da prestação jurisdicional estatal, conforme explica Souza:

De fato, se o Estado chama a si a responsabilidade de prestar a jurisdição de forma privativa, é indispensável que confira aos integrantes da sociedade (ou ao próprio corpo social) o direito de provocá-lo, no sentido de dirimir, com definitividade, todo e qualquer conflito de interesses que venha a manifestar-se. (Sousa, *apud* Souza, 2008, p. 15)

Desta feita, Souza (citando os ensinamentos de Enrico Tullio Liebman) lembra que o princípio em tela também é chamado de “direito de ação”, por atribuir ao interessado:

⁴ Lenza também lembra outras denominações para o mesmo princípio, tais como: “direito de ação”, “princípio do livre acesso ao Judiciário” e “princípio da ubiquidade da Justiça”, este último assinalado por Pontes de Miranda. (Cf. Lenza, 2009, p. 698).

(...) um direito de iniciativa e de impulso, direito de pôr em movimento o exercício de uma função pública, através da qual espera obter a tutela de suas pretensões, dispondo, para tanto, dos meios previstos pela lei para defendê-las (embora sabendo que o resultado poderá ser-lhe desfavorável): é, pois, um direito fundamental do particular, a qualificar a sua posição no ordenamento jurídico e perante o Estado, conferido e regulado pela lei processual mas reforçado por uma garantia constitucional. (Liebman, *apud* Souza, 2008, p. 15)

No estudo das ações coletivas passivas, este princípio encontra especial importância, haja vista estar diretamente relacionado com a garantia constitucional de acesso à justiça, conforme notam os autores Cintra, Grinover e Dinamarco:

O *princípio da inafastabilidade* (ou princípio do controle jurisdicional), expresso na Constituição (art. 5º, inc. XXXV), garante a todos o acesso ao Poder Judiciário, o qual não pode deixar de atender a quem venha a juízo deduzir uma pretensão fundada no direito e pedir solução para ela. Não pode a lei “excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão ou ameaça a direito” (art. cit.), nem pode o juiz, a pretexto de lacuna ou obscuridade da lei, escusar-se de proferir decisão (CPC, art. 126).

Esse princípio ganha especial relevo na doutrina processual moderníssima, revestindo-se da conotação de síntese da garantia constitucional de acesso à justiça. (Cintra et al., 2009, p. 155)

Silva também destaca o direito de acesso à justiça como intrínseco no enunciado do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, mas principalmente no sentido de acesso à ordem jurídica justa:

É preciso acrescentar, ainda, que o *direito de acesso à Justiça*, consubstanciado no dispositivo em comentário, não pode e nem deve significar apenas o direito formal de invocar a jurisdição, mas o *direito a uma decisão justa*. Não fora assim, aquela apreciação seria vazia de conteúdo valorativo. (Silva, 2005, p. 132)

Conforme afirmado no introito do presente trabalho, as ações coletivas passivas prestigiam a garantia constitucional de acesso à justiça (a qual está diretamente relacionada ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, conforme visto), haja vista permitirem uma maior pacificação social, abrindo a possibilidade de soluções de conflitos de interesses que envolvam uma coletividade como ré.

Assim sendo, para Maia, o principal fundamento para a admissão das ações coletivas passivas é a impossibilidade de se desrespeitar, ou melhor, a necessidade de se preservar o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional:

Em termos de *ação coletiva passiva*, justificamos sua viabilização pela impossibilidade de limitação *integral* ao *princípio da inafastabilidade do controle*

jurisdicional. Este é o fundamento objetivo e abstrato de sua existência. (...). (Maia, 2009, p. 89)

CAPÍTULO II – AÇÕES COLETIVAS E AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Antes de adentrarmos na conceituação da ação civil pública, interessante se mostra evidenciar qual o cenário no qual ela surgiu, haja vista ser o principal instrumento na defesa dos direitos difusos e coletivos.

O processo coletivo teve sua remota origem com a evolução da vida em sociedade, com o desenvolvimento das economias de massa, que trouxeram a necessidade de se tutelarem direitos que não se caracterizavam propriamente como privados nem públicos, posto abarcarem interesses da sociedade em geral, o que também levou a uma mudança de mentalidade. Neste sentido explica Gonçalves:

A sociedade passou por profundas transformações nos últimos anos. A realidade socioeconômica modificou-se com rapidez, e o século XX assistiu ao desenvolvimento incessante das economias de massa. Os sistemas de produção desenvolveram-se, com repercussão evidente na oferta de bens, para a satisfação das necessidades humanas. O individualismo do século XIX cedeu lugar à massificação em velocidade acelerada.

Essa evolução não foi acompanhada, com igual celeridade, pelo instrumental jurídico, que, desenvolvido em período anterior, não estava preparado para solucionar as situações inéditas que a vida em sociedade colocava.

Esse descompasso se tornou cada vez mais evidente e, em especial, a partir da década de 70, desencadeou um movimento de busca pela efetividade do processo. Constatou-se que o manancial jurídico disponível não mais abarcava todos os interesses da coletividade. **A clássica distinção entre o público e o privado também não era suficiente para abranger o espectro de interesses que a sociedade moderna manifestava.** Os mecanismos tradicionais de acesso à justiça não eram bastantes para assegurar a defesa de todos os tipos de interesses que se manifestavam, em face da nova realidade socioeconômica. **Isso obrigou não apenas à criação de novos institutos de direito material e processual, mas também a uma mudança de mentalidade em que o individual deve ceder ao coletivo. [grifo nosso].** (Gonçalves, 2007, p. 01)

Isto porque, conforme lembra Souza, identificou-se a existência de interesses de que não eram titulares nem os particulares, nem a Administração Pública, quais sejam, os direitos transindividuais ou metaindividuais – difusos e coletivos⁵ (Cf. Souza, 2008, p. 04).

Como destacou este mesmo autor, os direitos difusos e coletivos, em razão de sua indivisibilidade⁶, pertencem a todos e a ninguém ao mesmo tempo (Cf. Souza, 2008, p. 18).

⁵ Como destaca Gonçalves, “os interesses coletivos, em sentido amplo, sempre existiram, embora não fossem objeto de tratamento específico da lei.” (Gonçalves, 2007, p. 13). Mazzilli também ressalta que os “interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos sempre existiram; não são novidade de algumas poucas décadas. Nos últimos anos, apenas se acentuou a preocupação doutrinária e legislativa em identificá-los e protegê-los jurisdicionalmente, agora sob o processo coletivo. (...)”. (Mazzilli, 2009, p. 61).

⁶ Conforme explicaremos nos tópicos 2.2, 2.3 e 2.4 deste capítulo.

Mazzilli também expõe a crítica que surgiu à clássica dicotomia “interesse privado” e “interesse público”, especialmente porque esta última terminologia passou a apresentar significados diversos da tradicional definição de interesse do Estado:

A clássica dicotomia entre o *interesse público* e o *interesse privado*, que existe em todos os países de tradição romana do Direito, passou, porém, a sofrer crítica muito acentuada, principalmente nas três últimas décadas. Em primeiro lugar, porque hoje a expressão *interesse público* tornou-se equívoca, quando passou a ser utilizada para alcançar também os chamados interesses sociais, os interesses indisponíveis do indivíduo e da coletividade, e até os interesses coletivos ou os interesses difusos etc. O próprio legislador não raro abandona o conceito de interesse público como interesse do Estado e passa a identificá-lo com o bem geral, ou seja, o interesse geral da sociedade ou o interesse da coletividade como um todo. Em segundo lugar, porque, nos últimos anos, tem-se reconhecido que existe uma categoria intermediária de interesses que, embora não sejam propriamente estatais, são mais que meramente individuais, porque são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas, como os moradores de uma região quanto a questões ambientais comuns, ou os consumidores de um produto quanto à qualidade ou ao preço dessa mercadoria. (Mazzilli, 2009, p. 48)

No mesmo sentido afirma Gonçalves, lembrando que a distinção do interesse em “público”⁷ e “privado” não era satisfatório para representar todos os direitos provenientes da vida em sociedade, razão da identificação dos “interesses transindividuais”:

As duas categorias – **interesse público e privado** – não são suficientes para expressar com precisão toda a gama e variedade de interesses que podem surgir em uma sociedade de massas.

Há certos interesses que não pertencem a uma única pessoa, mas a um grupo ou a uma coletividade que podem ou não ser determinados ou determináveis. O titular de um interesse nem sempre pode ser identificado, ou porque este pertence a toda a comunidade ou porque pertence a uma coletividade indeterminável.

Há interesses que não são públicos, na medida em que não pertencem ao Estado e aos seus entes, mas também não podem ser considerados privados, porque pertencem a todo um grupo ou categoria de pessoas.

A sociedade contemporânea exige a identificação e a proteção de uma nova categoria de interesses, os coletivos em sentido amplo, que serão tratados no capítulo seguinte. Para designá-los, utilizam-se as expressões “interesses transindividuais” ou “interesses metaindividuais”. **[grifo nosso]**. (Gonçalves, 2007, p. 03)

O mesmo autor continua explicando o significado dos interesses transindividuais, lembrando que também são chamados de “interesses coletivos em sentido amplo”:

⁷ Já que estamos nos referindo à dicotomia clássica “interesse público” e “interesse privado”, cumpre notar a distinção entre interesse público “primário” e “secundário”, explicada por Mazzilli: “Como o interesse do Estado ou dos governantes não coincide necessariamente com o bem geral da coletividade, Renato Alessi entendeu oportuno distinguir o *interesse público primário* (o bem geral) do *interesse público secundário* (o modo pelo qual os órgãos da Administração veem o interesse público); com efeito, em suas decisões, nem sempre os governantes atendem ao real interesse da comunidade.” (Mazzilli, 2009, p. 49).

DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS: Também chamados interesses coletivos, em sentido amplo, consistem em uma nova categoria que não se enquadra nem como interesse público nem como privado. Não é público porque não tem como titular o Estado, nem se confunde com o bem comum; e não é privado porque não pertence a uma pessoa, isoladamente, mas a um grupo, classe ou categoria de pessoas. (Gonçalves, 2007, p. 04)

Desta forma, ante a nova ótica de direitos coletivos a serem tutelados, a sistemática processual individualista, até então existente, não mais se adequava às novas necessidades, conforme destaca Gonçalves:

Com exceção dos interesses de uma pessoa, não se cogitava daqueles que pertencessem a um grupo, a uma coletividade ou até mesmo a toda a sociedade. Estes não podiam ser defendidos porque não havia mecanismos processuais adequados. A deficiência era do processo civil, que não os fornecia, e muitas pretensões não podiam receber adequada tutela jurisdicional. A jurisdição não era abrangente o suficiente para acolher esse tipo de pretensão, o que constituía um fator limitativo e uma causa de insatisfação.

Isso se agravou nas últimas décadas, com o desenvolvimento das sociedades de massa e a crescente preocupação com interesses de todo um grupo ou coletividade, como os concernentes ao meio ambiente, ao patrimônio histórico, cultural, paisagístico, entre outros. A sociedade evoluiu, e a deficiência do instrumental jurídico acentuou-se. [grifo nosso]. (Gonçalves, 2007, p. 15)

Souza exemplifica alguns institutos do processo civil tradicional que são incompatíveis com a tutela coletiva de interesses, mostrando que a concepção individualista do processo não coaduna com as ações coletivas:

Nessa quadra, a visão individualista do processo, o princípio dispositivo, os efeitos intrapartes da coisa julgada e o próprio sistema de legitimação ativa trazido pelo art. 6º do CPC – apenas para exemplificar – são figuras que não se compatibilizam com a tutela dos interesses metaindividuais. (Souza, 2008, p. 18)

Desta forma, tornou-se premente a instituição de novos mecanismos processuais para a defesa dos interesses difusos e coletivos, conforme reitera Souza:

Mercê de tal fato, a identificação dos interesses difusos e coletivos trouxe a necessidade de proceder a ampla revisão na esfera processual civil. Os papéis das partes e do próprio juiz deveriam ser revistos. O instituto da legitimidade haveria de sofrer profunda alteração, de sorte a permitir a defesa de interesses transindividuais de pessoas não identificadas por intermédio de um terceiro – o representante adequado. Os efeitos objetivos e subjetivos da coisa julgada teriam nova dimensão. As tutelas emergenciais deveriam ser privilegiadas.

De instrumento posto à disposição do particular, o processo haveria de transformar-se em meio de defesa social, em autêntica garantia de efetividade dos direitos fundamentais, vistos em todas as suas gerações. Os interesses individuais deveriam ceder espaço ante o reconhecimento da maior relevância das tutelas coletivas, capazes de gerar decisões cujos efeitos têm o poder de alterar a própria

realidade social, estendendo-se sobre todos aqueles que se encontrassem dentro de uma mesma situação jurídica, gerando uniformidade e pacificação. (Souza, 2008, p. 20)

Mazzilli lembra que foi na década de 1970 que se iniciou esta conscientização quanto à necessidade de regulamentação da peculiar defesa judicial de interesses das coletividades:

Na Europa continental e no Brasil, porém, foi especialmente a partir da década de 1970, com os trabalhos e conferências de Mauro Cappelletti, que surgiu a exata consciência de que a defesa judicial dos interesses de grupos apresentava peculiaridades: como cuidar da representação ou da substituição processual do grupo lesado? Como estender a coisa julgada para além das partes formais do processo? Como repartir o produto da indenização entre lesados indetermináveis? Como assegurar a presença de todo o grupo lesado nos processos coletivos destinados à composição e decisão de tais conflitos intersubjetivos? (Mazzilli, 2009, 48)

Assim sendo, frente a uma nova categoria de direitos a serem tutelados, chamados de “transindividuais” ou “metaindividuais”, foi surgindo a tutela jurisdicional coletiva de interesses, que culminou, no Brasil, na edição da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), como detalha Gonçalves:

Por evolução natural, primeiro surgiu o direito material de proteção aos interesses transindividuais. Tais direitos, como os de proteção ao meio ambiente, ao patrimônio cultural e artístico, ao consumidor, foram reconhecidos. Mais tarde, criaram-se mecanismos processuais para sua defesa. Entre nós, a Lei da Ação Civil Pública fez as duas coisas ao mesmo tempo: reconheceu a existência de alguns direitos transindividuais e criou mecanismos adequados para sua proteção. Não admitiu, ainda, de forma genérica, a proteção dos interesses coletivos, mas apenas de alguns, expressamente previstos. O rol inicialmente era fechado (*numerus clausus*). À medida que o nosso sistema jurídico se foi familiarizando com a idéia, e os estudos sobre o tema foram se aprofundando, reconheceu-se que os direitos coletivos não podiam ser enumerados taxativamente, pois constituíam uma categoria própria e diferenciada que merecia um sistema autônomo de proteção.

Com a edição do Código do Consumidor, estendeu-se a possibilidade de tutela a todos os interesses difusos e coletivos. O rol, antes fechado, tornou-se aberto (*numerus apertus*). (Gonçalves, 2007, p. 16)

Interessante notar que as nomenclaturas “transindividuais” e “metaindividuais” são usadas sem distinção, para indicar os direitos difusos e coletivos, conforme explica Mazzilli:

Resta a análise da questão terminológica: **qual expressão é mais correta, interesses *transindividuais* ou interesses *metaindividuais*?**

Embora, em rigor de formação gramatical, seja preferível utilizarmos-nos da primeira expressão, porque é neologismo formado com prefixo e radical latinos (diversamente da segunda, que, como hibridismo, soma prefixo grego a radical latino), a verdade é que **a doutrina e a jurisprudência têm usado indistintamente ambos os termos** para referir-se a interesses de grupos, ou a interesses coletivos, em sentido lato. **[grifo nosso]**. (Mazzilli, 2009, p. 52)

Quanto à definição da ação civil pública, para Souza, trata-se da “ação não penal proposta pelos legitimados de que trata o art. 5º da Lei n. 7.347/85 com o escopo de tutelar interesses difusos ou coletivos” (Souza, 2008, p. 27). Assim complementa o referido autor:

A definição em comento decorre da somatória de dois elementos – um de cunho *subjetivo* (quem propõe?), outro, *objetivo* (qual o objeto tutelado no processo?).

Pois bem: sempre que o processo tiver por autor alguma das pessoas arroladas no art. 5º da LACP e por objeto a tutela de interesses difusos ou coletivos, estaremos diante de uma ação civil pública⁸. (Souza, 2008, p. 27)

Meirelles também conceitua a ação civil pública, destacando sua ausência de vocação para a defesa de direitos individuais, mas lembra que as ações de particulares não serão obstadas pela propositura da ação civil pública:

A *ação civil pública*, disciplinada pela Lei n. 7.347, de 24.7.85, é o instrumento processual adequado para reprimir ou impedir danos ao *meio ambiente*, ao *consumidor*, a *bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico* e por *infrações da ordem econômica* (art. 1º), protegendo, assim, os *interesses difusos da sociedade*. Não se presta a amparar direitos individuais, nem se destina à reparação de prejuízos causados a particulares pela conduta, comissiva ou omissiva, do réu. (...)

Em qualquer hipótese, o ajuizamento da ação civil pública não impede a propositura de ações individuais sobre o mesmo objeto, nem gera litispendência (arts. 103 e 104 do Código do Consumidor – TRF-4ª Região, ApC n. 93.04.27517-2-SC, Rel. Juiz Ari Pargendler, ADV 1995, ementa 68.170 e TRF-3ª Região, ApC n. 95.03.070454-5-SP, Rel. Juíza Suzana Camargo, AASP 1986, p. 19-j e ApC n. 95.03.070461-8-SP, Rel. Juiz Newton de Lucca, RT 743/439; STJ, REsp n. 131.712, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 20.10.97). (Meirelles, 2005, p. 170)

Souza destaca que o surgimento da ação civil pública, com a Lei nº 7.347/85, não trouxe um procedimento específico para ela, já que poderá se revestir das formalidades de qualquer espécie de demanda, desde que seja proposta por alguns dos legitimados previstos em lei e tenha como objeto a defesa dos interesses transindividuais:

A ação civil pública não possui, pois, um rito processual específico. Ela poderá assumir a forma de ações ordinárias, sumárias, de execução, de cautelares e de procedimentos especiais previstas no Código de Processo Civil ou em legislação extravagante, com a peculiaridade de acrescentar aos ritos comuns os princípios específicos do sistema formado pela Lei Federal n. 7.347/85 e pela parte processual do Código de Defesa do Consumidor. (Souza, 2008, p. 29)

⁸ Desta definição Souza admite repercussões interessantes, tais como: uma ação direta de inconstitucionalidade será uma “ação civil pública”, desde que seja proposta por algum dos legitimados do artigo 5º da Lei nº 7.347/85, já que objetiva a tutela de um interesse difuso (o resguardo da hierarquia das normas jurídicas, que é de interesse de todos); uma ação cautelar de produção antecipada de provas (prevista nos artigos 846 a 851 do Código de Processo Civil) não deixa de ser uma “ação civil pública”, desde que seja proposta por um legitimado ativo, e tenha por objeto a defesa de interesses difusos ou coletivos. (Cf. Souza, 2008, p. 28).

Como, na tutela jurisdicional coletiva do direito brasileiro, a ação, por excelência, é a civil pública, conforme lembra Gonçalves (Cf. Gonçalves, 2007, p. 22), cumpre distingui-la da nomenclatura “ação coletiva”, também utilizada para nomeá-la.

Apesar das terminologias “ação civil pública” e “ação coletiva” serem normalmente usadas com a mesma finalidade, para identificar o mesmo instituto, como a legislação brasileira refere-se expressamente à primeira, acabou sendo o nome mais utilizado, como nota Gonçalves:

Há alguma divergência sobre o nome mais adequado, se um ou outro, mas a questão é inócua. A lei brasileira refere-se à ação civil pública, e esse foi o nome que se consagrou, embora não fosse tecnicamente o mais adequado. É que tal expressão surgiu, na doutrina, por oposição à “ação penal pública”, isto é, aquela ajuizada pelo Ministério Público. Como nem sempre ela o é, teria sido mais apropriado denominá-la ação coletiva. Mas como a lei brasileira fez uso do outro nome, ambos poderão ser usados indistintamente. (Gonçalves, 2007, p. 51)

Ainda, cumpre consignar o entendimento de alguns autores de que a ação civil pública seria uma das espécies de ações coletivas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, conforme explica Souza:

Resta traçar, na oportunidade, distinção que entendemos presente entre as expressões *ação civil pública* e *ação coletiva*, sem embargo de reconhecer que boa parte da doutrina as tenha por sinônimas e que a diferenciação possui reflexos muito mais de cunho teórico do que prático.

Em verdade, temos que ação coletiva é gênero ao qual pertence a espécie ação civil pública.

Nessa quadra, *ação coletiva* é a medida judicial proposta pelas pessoas arroladas no art. 5º da LACP, por sindicatos, associações de classe, cidadãos e por outros legitimados nas esferas constitucional e legal, com o escopo de tutelar interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

O conceito de ação coletiva abarca, pois, não apenas a ação civil pública como, também, a popular, o mandado de segurança coletivo e ação de que tratam os arts. 91 a 100 do CDC, destinada à tutela dos interesses individuais homogêneos. [grifo nosso]. (Souza, 2008, p. 29)

No mesmo sentido compreende Mazzilli, ao afirmar que “A ação civil pública da Lei n. 7.347/85 nada mais é que uma espécie de ação coletiva, como o mandado de segurança coletivo e a ação popular.” (Mazzilli, 2009, p. 74).

Porém, cumpre consignar que, para este autor, o mais correto seria reservar a terminologia “ação civil pública” para a hipótese de o Ministério Público ser o autor da demanda, sendo que a expressão “ação coletiva” deveria ser utilizada quando da propositura pelas associações civis (embora admita que a legislação atribua indistintamente o mesmo nome – ação civil pública – para a propositura da ação por quaisquer dos legitimados ativos):

A rigor, sob o aspecto doutrinário, *ação civil pública é a ação de objeto não penal proposta pelo Ministério Público*.

Sem melhor técnica, portanto, a Lei n. 7.347/85 usou a expressão *ação civil pública* para referir-se à ação para defesa de interesses transindividuais, proposta por diversos legitimados ativos, entre os quais até mesmo associações privadas, além do Ministério Público e outros órgãos públicos. Mais acertadamente, quando dispôs sobre a defesa em juízo desses mesmos interesses transindividuais, o CDC preferiu a denominação *ação coletiva*, da qual as associações civis, o Ministério Público e outros órgãos públicos são legitimados.

A ação civil pública da Lei n. 7.347/85 nada mais é que uma espécie de ação coletiva, como o mandado de segurança coletivo e a ação popular.

Como denominaremos, pois, uma ação que verse a defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos? **Se ela estiver sendo movida pelo Ministério Público, o mais correto, sob o prisma doutrinário, será chamá-la de ação civil pública. Mas se tiver sido proposta por associações civis, mais correto será denominá-la de ação coletiva.** Sob o enfoque puramente legal, será ação civil pública qualquer ação movida com base na Lei n. 7.347/85, para a defesa de interesses transindividuais, ainda que seu autor seja uma associação civil, um ente estatal, o Ministério Público, ou qualquer outro legitimado; será ação coletiva qualquer ação fundada nos arts. 81 e s. do CDC, que verse a defesa de interesses transindividuais. **[grifo nosso].** (Mazzilli, 2009, p. 73)

Conforme se depreende da citação acima, para Mazzilli, a expressão “ação coletiva” também estará corretamente empregada nos processos coletivos intentados com base no Código Consumerista (Lei nº 8.078/90), já que este nomina desta forma o instrumento para a defesa dos interesses metaindividuais, ao intitular seu Capítulo II do Título III (Cf. Mazzilli, 2009, p. 74).

A despeito dos diversos entendimentos doutrinários quanto à utilização das nomenclaturas mencionadas, no presente trabalho, as expressões “ação civil pública” e “ação coletiva” serão utilizadas como sinônimos, para indicar os processos coletivos propostos com base na Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e na Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), sem prejuízo da legislação específica quanto ao direito material utilizado em cada caso concreto.

Tendo em vista a proximidade das ações civis públicas do direito brasileiro, com as “class actions”⁹ do direito norte-americano, Gonçalves faz uma breve distinção entre as duas espécies de ação:

⁹ As “class actions” são os meios processuais utilizados nos países da “common law”, e principalmente nos Estados Unidos, para solução dos conflitos de interesses transindividuais. Conforme explica Gonçalves, “são originárias do direito inglês, embora seu desenvolvimento e sua configuração atual, como forma de tutela dos interesses transindividuais, provenham dos Estados Unidos da América.” (Gonçalves, 2007, p. 17). Mazzilli também afirma que “as ações de classe do Direito norte-americano (*class actions*) têm raízes nas cortes medievais inglesas” (Mazzilli, 2009, p. 48), ao lembrar que o Direito há muito tempo se preocupa com a resolução judicial dos conflitos de interesses que envolvam grupos, classes ou categorias de pessoas. (Cf. Mazzilli, 2009, p. 48).

Há uma diferença profunda entre o sistema das *class actions* e o nosso. Naquele, qualquer um dos integrantes do grupo pode figurar como representante dos demais. No brasileiro, a legitimidade é restrita a alguns órgãos públicos ou privados que tenham por finalidade precípua a defesa dos interesses transindividuais. (...)

Em suma, nas *class actions* permite-se que um integrante do grupo de titulares dos interesses violados proponha uma demanda cujo resultado vinculará todos os componentes, incluindo aqueles que dela não participaram, desde que o grupo ou classe tenha sido adequadamente representado. (...)

No Brasil, esse problema não ocorreria, porque a lei preestabeleceu os efeitos da coisa julgada no art. 103 do Código de Defesa do Consumidor e os legitimados para a ação coletiva. Não cabe o exame da representatividade no caso concreto. O resultado da ação coletiva apenas beneficia, jamais prejudica os lesados individuais. Se favorável, todos são beneficiados; se desfavorável, ninguém é prejudicado.

Mas não é apenas a representatividade adequada que se estabelece como condição para que, nas *class actions*, a coisa julgada estenda-se a todos os componentes do grupo. É preciso que eles tenham recebido uma *fair notice* do processo, isto é, que tenham sido informados da sua existência.

Com a cientificação, pode o interessado requerer sua exclusão do grupo, cujos interesses estão sendo defendidos na ação, com o objetivo de, assim, furtar-se à coisa julgada. A isso dá-se o nome de *right do opt out*, isto é, o direito de ficar fora do grupo. Aquele que o requereu nem se beneficiará, nem se prejudicará com a sentença. (Gonçalves, 2007, p. 18)

2.1 - BREVE HISTÓRICO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Tendo em vista as peculiaridades do processo coletivo, ele necessita de um conjunto de normas que o regulamentem diferentemente da sistemática do processo civil voltado à tutela dos direitos individuais, como lembra Grinover¹⁰:

Isso tudo torna mais significativa a lição de [Mauro] Cappelletti que, ainda nos anos setenta, advertia que os esquemas do processo civil clássico, estruturado para acudir as controvérsias de cunho individualista, não são aptos à solução de lides sociais, em que se colocam em confronto pretensões de massa. (Grinover, 2011, p. 233)

Esta mesma autora explica que o direito processual brasileiro construiu um “sistema de tutela jurisdicional dos interesses difusos” baseando-se na doutrina italiana da década de setenta (haja vista ter sido nesta época o surgimento das discussões jurídicas acerca dos direitos difusos ou coletivos, nos países de “civil law”):

De um modelo processual individualista a um modelo social, de esquemas abstratos a esquemas concretos, do plano estático ao plano dinâmico, o processo transformou-se de individual em coletivo, ora inspirando-se ao sistema das *class actions* da *common law*, ora estruturando novas técnicas, mais aderentes à realidade social e política subjacente. E nesse campo o Brasil tem algo a dizer.

¹⁰ Na obra em questão, Ada Pellegrini Grinover apresenta a síntese de relatórios nacionais e transnacionais do XIII Congresso Mundial da Associação Internacional de Direito Processual, realizado em 2007.

Mais pragmático, o direito processual brasileiro partiu dos exercícios teóricos da doutrina italiana dos anos setenta, para construir um sistema de tutela jurisdicional dos interesses difusos que fosse imediatamente operativo. (Grinover, 2011, p. 227)

Conforme destaca Grinover, o Brasil foi o país pioneiro a apresentar um “verdadeiro sistema de processos coletivos” (dentre os países de “civil law”) (Cf. Grinover, 2011, p. 09 e 213), sendo que, inclusive, hoje a tutela coletiva apresenta fundamento na Constituição Federal:

1. Brasil – A tutela processual dos interesses coletivos tem base constitucional no sistema jurídico brasileiro. A Ação Civil Pública está prevista no art. 129, III, da CF. Também os incisos LXX e LXXI do art. 5º da Constituição, dão *status* constitucional ao Mandado de Segurança Coletivo e à Ação Popular, que podem veicular interesses dessa mesma espécie. (Grinover, 2011, p. 35)

Neste ponto cumpre mencionar que a ação popular foi um dos primeiros instrumentos de tutela aos interesses difusos e coletivos, no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista possibilitar ao cidadão a defesa de um interesse de toda a coletividade, como lembra Gonçalves:

Um passo importante foi a entrada em vigor da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965, que tratou da ação popular, na medida em que qualquer cidadão estava legitimado a ajuizá-la em defesa do patrimônio público, cuja definição se encontra prevista no §1º do art. 1º da lei.

A legitimidade do cidadão é extraordinária porque o interesse em disputa não é só dele, mas de toda a coletividade.

Posteriormente, a Constituição Federal, art. 5º, LXXIII, atribuiu a qualquer cidadão legitimidade para propor ação popular que vise a “anula ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”. (Gonçalves, 2007, p. 20)

Assim sendo, Grinover explica que, anteriormente à edição da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), tentou-se tutelar o meio ambiente, como interesse difuso, por meio de ações populares, mas a legitimação desta espécie de demanda (exclusiva do cidadão) e o fato de dependerem de uma conduta ilegal do poder público limitavam uma tutela mais efetiva a estes direitos (Cf. Grinover, 2011, p. 228).

Todavia, a existência de alguns instrumentos processuais para a defesa dos interesses metaindividuais, como a ação popular, mostrava-se insuficiente, sendo realmente observada uma evolução do processo coletivo com a entrada em vigor da Lei da Ação Civil Pública, conforme destaca Souza:

Ressalvada a ação popular, reservada ao cidadão e instituída em nossa ordem jurídica constitucional pela Carta de 1934, nenhum instrumento processual havia a permitir a tutela dos interesses metaindividuais.

As iniciativas a propósito eram bastante tímidas, devendo ser ressaltada aquela inserta no art. 14, §1º, da Lei Federal n. 6.938/81 (*Política Nacional do Meio Ambiente*), que cometeu ao Ministério Público legitimidade ativa para promover a responsabilização civil do causador de danos ambientais.

Em que pese tenha tratado da tutela específica de um direito metaindividual – o meio ambiente – e conferido legitimidade ativa para a ação ao Ministério Público, é de ver que a previsão legal ainda se mostrava bastante insatisfatória ante a ausência de mecanismos processuais específicos e distintos daqueles constantes do Código de Processo Civil, mais adequados para o efetivo resguardo do interesse em comento.

A solução para os problemas aventados somente começou a surgir de forma efetiva por intermédio da Lei Federal n. 7.347/85, que instituiu a denominada *ação civil pública*. (Souza, 2008, p. 21)

Desta forma, em 1985 nasceu a “Lei da Ação Civil Pública”, posteriormente confirmada em âmbito constitucional, conforme detalha Grinover:

Veio assim à luz, em 1985, a Lei 7.347 sobre a denominada ação civil pública, destinada à tutela do ambiente e do consumidor, na dimensão dos bens indivisivelmente considerados e consequentemente dos interesses difusos propriamente ditos. A Constituição de 1988, depois, sublinhou em diversos dispositivos a importância dos interesses coletivos: em primeiro lugar, elevando a nível constitucional a defesa de todos os interesses difusos e coletivos, sem limitações quanto à matéria, como função institucional do Ministério Público – extremamente autônomo e independente no Brasil –, mas permitindo à lei a ampliação da legitimação ativa (art. 129, III e §1º); referindo-se, depois, à representação judicial e extrajudicial das entidades associativas para a defesa de seus próprios membros (art. 5º, XXI); criando o mandado de segurança coletivo, com a legitimação dos partidos políticos, dos sindicatos e das associações legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano (art. 5º, LXX); e ainda destacando a função dos sindicatos para a defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais da categoria (art. 8º, III) e salientando a legitimação ativa dos índios e de suas comunidades e organizações para a defesa de seus interesses ou direitos (art. 232). (Grinover, 2011, p. 228)

Souza também lembra a importância da Constituição Federal no regramento dos interesses transindividuais, com a previsão de diversos institutos, e principalmente da ação civil pública, em seu artigo 129:

Mercê de tais fatos, a Constituição Federal de 1988 trouxe significativos avanços em sede de tutela de interesses metaindividuais, dentre os quais podemos destacar a criação de novos instrumentos processuais para tanto (exemplos do mandado de segurança coletivo, previsto no art. 5º, LXX, e do mandado de injunção – art. 5º, LXXI), a ampliação do cabimento da ação popular (art. 5º, LXXIII) e a previsão da ação civil pública (art. 129, III). (Souza, 2008, p. 23)

Ainda, Grinover explica que a evolução da defesa dos direitos coletivos (em sentido amplo), no direito brasileiro, culminou na edição do “Código de Defesa do Consumidor” (Lei

nº 8.078), em 1990, o qual trouxe a tutela coletiva também para os chamados “direitos individuais homogêneos” (o que havia se tornado uma necessidade, frente à multiplicação de demandas de direitos individuais de membros de grupos, quando de caráter homogêneo):

Mas ainda faltava a proteção jurisdicional coletiva dos direitos pessoais dos membros de grupos, que deviam socorrer-se exclusivamente de ações individuais, que multiplicavam as demandas, levavam a decisões contraditórias, desestimulavam o acesso à justiça, vulneravam o princípio da economia processual. Era preciso criar mecanismos processuais que permitissem a tutela coletiva de verdadeiros direitos subjetivos, que pudessem ser reunidos quando fossem homogêneos e tivessem uma origem (de fato ou de direito) comum. Era preciso criar um instrumento semelhante ao da *class action for damages* do direito norte-americano, ampliando-o porém para além do âmbito da ação condenatória e respeitando os princípios inerentes a sistemas de *civil law*.

Foi assim que, ainda no Brasil, o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) veio coroar o trabalho legislativo, ampliando o âmbito de incidência da Lei da Ação Civil Pública, ao determinar sua aplicação a todos os interesses difusos e coletivos, e criando uma nova categoria de direitos ou interesses, individuais por natureza e tradicionalmente tratados apenas a título pessoal, mas conduzíveis coletivamente perante a justiça civil, em função da origem comum, que denominou direitos individuais homogêneos. Cumpre observar que a tutela processual do Código de Defesa do Consumidor se estende aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos de qualquer natureza, mesmo fora do campo das relações de consumo, por disposição legal expressa. (Grinover, 2011, p. 228)

Desta forma, apesar de já existirem hipóteses de tutela a interesses coletivos no ordenamento jurídico brasileiro, foi com a edição da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) que seu exercício se generalizou, conforme destaca Gonçalves (Cf. Gonçalves, 2007, p. 20).

Neste diapasão, a Lei da Ação Civil Pública e o Código Consumerista formam um “sistema de trocas e intercâmbios”, devendo ser vistos sempre em conjunto, conforme lembra Gonçalves:

O Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) tem extraordinária importância na tutela dos interesses coletivos. Ele modificou em parte a Lei da Ação Civil Pública, de forma que, junto com essa lei, criou um **sistema de trocas e intercâmbios**. Em caso de omissão, cada norma é aplicada de forma subsidiária à outra.

Foi a primeira vez que a lei brasileira conceituou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, estendendo o uso da ação civil pública para a defesa de qualquer um deles. **[grifo nosso]**. (Gonçalves, 2007, p. 21)

Souza também ressalta a reciprocidade entre estas leis (tendo em vista o disposto nos artigos 21 da Lei nº 7.347/85 e 90 da Lei nº 8.078), o que configura um verdadeiro “sistema da ação civil pública”:

Com efeito, a parte processual do Código de Defesa do Consumidor (arts. 81 a 104) e a Lei da Ação Civil Pública **são leis recíprocas, que interagem e se complementam**, formando o que entendemos por *integração das normas de ação civil pública* – ou a base do *sistema da ação civil pública*.

Assim é que o art. 21 da LACP manda aplicar à defesa dos interesses difusos, coletivos e mesmo individuais os princípios processuais do CDC, sendo certo que o art. 90 deste último faz remissão similar àquela.

Em consequência, o sistema ação civil pública é formado pela somatória dos dispositivos processuais contidos no CDC e na LACP, que devem ser vistos e analisados em conjunto, como se norma única fossem, como lei comum adequada à tutela de qualquer interesse metaindividual. **[grifo nosso]**. (Souza, 2008, p. 24)

Assim sendo, Grinover detalha que o sistema de processo coletivo brasileiro é basicamente composto pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor, sendo que diversas leis específicas também tratam do direito material tutelado coletivamente:

A Lei 7.347/85, conhecida por Lei da Ação Civil Pública, e as disposições processuais do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) formam um sistema integrado de disciplina do processo voltado à proteção dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Há várias outras leis, para setores específicos, que trazem disposições específicas de proteção a interesses coletivos: Lei 7.913/89 (*Lei de Mercado de Capitais*); Lei 7.853/89 (*Lei de Proteção às Pessoas Portadoras de Deficiência*); Lei 8.069/90 (*Estatuto da Criança e do Adolescente*); Lei 8.429/92 (*Lei de Improbidade Administrativa*); Lei 10.741/2003 (*Estatuto do Idoso*). (Grinover, 2011, p. 36)

Cumprido notar que a Lei da Ação Civil Pública traz princípios gerais do processo coletivo, que podem ser aplicados a toda espécie de direito transindividual, no que não for incompatível com a legislação específica, como assevera Souza:

Impende ressaltar, na oportunidade, que a Lei n. 7.347/85 contempla os princípios gerais da tutela dos interesses difusos e coletivos, aplicáveis à defesa de quaisquer deles, exceto ante a existência de norma especial incompatível com alguma de suas regras (tendo em vista a máxima de hermenêutica jurídica, no sentido de que a lei especial derroga a geral).

Exemplo típico de derrogação da norma geral inserta na Lei n. 7.347/85 pode ser visto quanto à competência para o julgamento de ação civil pública em defesa de interesses difusos ou coletivos da infância e juventude, tendo em vista que o art. 209 do ECA traz dispositivo distinto e incompatível quando cotejado ao princípio comum a respeito do tema, inserto no art. 2º da LACP. (Souza, 2008, p. 24)

Em relação a outras leis brasileiras que também tratam de direitos tutelados coletivamente, Gonçalves ainda lembra que, em 1994, foi editada a chamada “Lei Antitruste”¹¹, que regulou a ação civil pública de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados por infração da ordem econômica e da economia popular, e que, em

¹¹ Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.

2001, entrou em vigor o “Estatuto das Cidades” (Lei nº 10.257/2001), que trata dos interesses difusos e coletivos relacionados à tutela da ordem urbanística (Cf. Gonçalves, 2007, p. 21).

Por fim, já que estamos falando da trajetória dos direitos coletivos em sentido amplo, não poderíamos deixar de mencionar que eles constituíram a “terceira geração” (ou “terceira dimensão”, como preferem alguns constitucionalistas¹²) dos direitos fundamentais, como lembra Grinover:

Em consequência, a teoria das liberdades públicas forjou uma nova “geração” de direitos fundamentais. Aos direitos clássicos de primeira geração, representados pelas tradicionais liberdades negativas, próprias do Estado liberal, com o correspondente dever de abstenção por parte do poder público; aos direitos de segunda geração, de caráter econômico-social, compostos por liberdades positivas, com o correlato dever do Estado a uma obrigação de *dare*, *facere* ou *praestare*, acrescentou-se o reconhecimento dos direitos de terceira geração, representados pelos direitos de solidariedade, decorrentes dos interesses sociais. E assim foi que o que aparecia inicialmente como mero interesse elevou-se à dimensão de verdadeiro direito, conduzindo à reestruturação de conceitos jurídicos, que se amoldassem à nova realidade. (Grinover, 2011, p. 227)

Por derradeiro, antes de explicarmos cada espécie de direito coletivo em sentido amplo (direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos), é interessante notar que apenas em alguns países os direitos difusos são “desmembrados” em difusos e coletivos, razão pela qual Grinover afirma existirem somente duas espécies de direitos transindividuais, quais seja, os difusos e os individuais homogêneos:

Seja como for, o que é importante salientar é que existem dois gêneros da espécie direitos transindividuais, objeto de processos coletivos: de um lado, os *direitos difusos* (em alguns ordenamentos subdivididos em *difusos* e *coletivos*) e os que chamaremos, adotando a terminologia ibero-americana, *individuais homogêneos*. (Grinover, 2011, p. 230)

2.2 - INTERESSES OU DIREITOS DIFUSOS

Inicialmente, cumpre mencionar que a legislação brasileira que trata dos direitos transindividuais normalmente utiliza as terminologias “direito” e “interesse” como sinônimos¹³, conforme se depreende da leitura do artigo 81, parágrafo único, incisos I a III, do

¹² Lenza lembra a preferência da doutrina mais atual quanto a utilizar-se da expressão “dimensões” de direitos fundamentais, em vez da expressão inicial “gerações” de direitos (Cf. Lenza, 2009, p. 670). Isto porque a palavra “geração” traz a ideia de “substituição” de uma fase por outra, o que não condiz com a realidade do processo evolutivo dos direitos humanos, no qual os direitos assentados vêm a somar-se aos novos direitos reconhecidos, conforme bem explica Barretto (Cf. Barretto, 2011, p. 35).

¹³ Gonçalves também nota que “a lei utilizou as expressões ‘interesse’ e ‘direito’ como sinônimas”. (Gonçalves, 2007, p. 06).

Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), apesar de esses vocábulos poderem exprimir diversos significados¹⁴ (Cf. Souza, 2008, p. 01).

Mazzilli também traz a lume esta questão, sobre as expressões “interesses” ou “direitos” transindividuais:

Por último: **interesses** difusos ou **direitos** difusos? Qual a expressão preferível?

Como desenvolveremos mais adiante, ao fim deste Capítulo¹⁵, **em tese ambas as expressões estão corretas, mas significam coisas diversas**. Para os fins que ora nos dizem respeito, *interesse* é pretensão; *direito* é a pretensão amparada pela ordem jurídica. Assim, p. ex., uma ação civil pública que busque a tutela de valores transindividuais que, ao final, se vejam definitivamente reconhecidos como inexistentes, essa ação objetivou a defesa de **interesses** difusos; já outra ação que busque a tutela de valores transindividuais definitivamente reconhecidos como existentes, objetivou a defesa de **direitos** difusos. **[grifo nosso]**. (Mazzilli, 2009, p. 54)

Também cumpre preliminarmente esclarecer que os direitos coletivos (em sentido amplo) são divididos em três espécies, quais sejam, os direitos difusos, os direitos coletivos em sentido estrito, os direitos individuais homogêneos, como afirma Gonçalves:

Esses interesses coletivos em sentido amplo podem ser classificados em três grupos, conforme o seu objeto, a sua origem e a possibilidade ou não de identificar os seus titulares. A lei menciona **os interesses difusos, os coletivos (em sentido estrito) e os individuais homogêneos**, cumprindo examinar cada um deles em separado. **[grifo nosso]**. (Gonçalves, 2007, p. 06)

Conforme nota Gonçalves, com a edição do Código Consumerista “foi a primeira vez que a lei brasileira conceituou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, (...)” (Gonçalves, 2007, p. 21).

Desta forma, os direitos ou interesses difusos são definidos no inciso I do parágrafo único do artigo 81 da Lei nº 8.078/90, como sendo “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

¹⁴ Souza explica que o vocábulo “interesse” traduz uma vontade, enquanto “direito” representa a incorporação deste desejo ao sistema jurídico. A despeito disto, assevera que “não raros são os dispositivos legais pertinentes que utilizam os vocábulos ‘interesse’ e ‘direito’ como sinônimos.” (Souza, 2008, 01).

¹⁵ Na conclusão do referido capítulo, Mazzilli retoma o assunto, reafirmando que “Interesse é gênero; direito subjetivo é apenas o interesse protegido pelo ordenamento jurídico” (Mazzilli, 2009, p. 61). Assim conclui: “Considerando que nem toda pretensão à tutela judicial é procedente, temos que o que está em jogo nas ações civis públicas ou coletivas é a tutela de interesses, nem sempre direitos. Assim, para que interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos sejam tutelados pelo Poder Judiciário, é preciso que estejam garantidos pelo ordenamento jurídico; e esse é, precisamente, o caso do direito ao meio ambiente sadio, do direito à defesa do consumidor, do direito à proteção às pessoas com deficiência, do direito à defesa do patrimônio cultural etc. É falso dizer, portanto, que interesses transindividuais não configuram direito subjetivo: podem configurar.” (Mazzilli, 2009, p. 61).

Por meio desta definição legal, Souza conceitua os direitos difusos como sendo “aqueles pertencentes a um número indeterminável de pessoas, titulares de um objeto indivisível, as quais estão ligadas entre si por um vínculo fático”. (Souza, 2008, p. 05).

Este mesmo autor destaca as principais características dos direitos difusos: a indeterminabilidade dos sujeitos; a indivisibilidade do objeto; e a existência de um vínculo fático entre os sujeitos (Cf. Souza, 2008, p. 05).

Conforme Souza, os titulares de um direito difuso são indetermináveis porque não há possibilidade de aferição exata da quantidade ou quais especificamente foram as pessoas afetadas por uma lesão, apesar de ser possível fazer uma estimativa aproximada. Assim explica:

Posta mencionada premissa, temos que o conceito de indeterminabilidade consiste na impossibilidade matemática de fixar exatamente o número de pessoas atingidas por um fato – sem embargo de tal contingente poder ser estimado por meio, v.g., de censos demográficos.

Tomemos como exemplo a qualidade do ar na Cidade de São Paulo: a sua inadequação afeta a todos os moradores da urbe.

Sabemos, por intermédio de censos, que a população da cidade é de, aproximadamente, dez milhões de pessoas. Não obstante, é-nos impossível dizer o número exato, preciso, de habitantes.

Assim, em que pese o fato de poder estimar quantos são os moradores da cidade, a impossibilidade de chegarmos a número exato traz a indeterminabilidade dos sujeitos.

Importa destacar que a indeterminabilidade se fará presente não apenas quando o interesse pertencer a toda a população (de um bairro, região, cidade, Estado ou, mesmo, país), como, também, quando disser respeito a pessoas inseridas no contexto social, que não possam ser quantificadas com precisão (como os freqüentadores de determinada praia, os consumidores de vinho etc.). (Souza, 2008, p. 05)

Neste diapasão, Gonçalves ressalta que os titulares dos direitos difusos são “indeterminados e indetermináveis”, ante a impossibilidade de sua precisa identificação e individualização:

Além disso, os sujeitos são indeterminados e indetermináveis. Os titulares do direito são todas as pessoas da coletividade que poderiam, podem ou poderão entrar em contato com a publicidade enganosa enquanto ela permanecer no ar. Não é possível identificar individualmente aqueles que estão expostos. (Gonçalves, 2007, p. 07)

Quanto à indivisibilidade do objeto, Souza explica que, no que se refere aos interesses difusos, o direito de cada titular não pode ser usufruído individualmente, e a solução para eventual problema (de lesão a direitos) atingirá a todos os seus titulares. Assim explica o referido autor, que apresenta também alguns exemplos:

A indivisibilidade implica o fato de que a solução do problema somente poderá advir para todos os afetados – e não para algum ou alguns indivíduos: o interesse difuso é um direito de bem comum, de sorte que as lesões pessoalmente sofridas não podem ser reparadas sem que o benefício atinja a toda a comunidade.

Tornemos ao exemplo da inadequação do ar em São Paulo.

Todos aqueles que habitam a cidade possuem o inegável direito de receber ar de qualidade.

Contudo, à evidência que a solução do problema jamais passará por reparações individuais: ou a qualidade do ar melhora – e beneficia indistintamente a todos os moradores da cidade – ou se mantém como está. Inexiste solução intermediária.

Tomemos ainda como exemplo uma publicidade enganosa que esteja sendo divulgada pela televisão: ou ela se encontra no ar – e atinge potencialmente a todos – ou ela é proibida de ser veiculada, de sorte que a sociedade estará resguardada.

Dessarte, o direito pertence a todos e a ninguém ao mesmo tempo, pois a sua satisfação implicará benefício comum, impossível de ser fragmentado entre os diversos integrantes do segmento social que o titulariza. (Souza, 2008, p. 06)

Gonçalves também explica a característica da indivisibilidade do objeto, lembrando que a lesão, ou o perigo de sua existência, atingirá a todos os sujeitos, ou não atingirá a ninguém:

Observe-se que é indivisível porque ou a propaganda é mantida, e toda a coletividade estará exposta aos seus efeitos deletérios, ou é tirada do ar, e toda a coletividade ficará livre do perigo – ou o risco afeta todos ou não afeta ninguém. Não há como afastar o risco para alguns dos possíveis expostos à propaganda sem beneficiar todos os demais; nem como expor um sem prejudicar os outros. (Gonçalves, 2007, p. 07)

No mesmo diapasão, Mazzilli detalha o aspecto quanto a ser indivisível o objeto dos interesses difusos, assim como eventual indenização alcançada em sede judicial:

O objeto dos interesses difusos é indivisível. Assim, p. ex., o interesse ao meio ambiente hígido, posto compartilhado por número indeterminável de pessoas, não pode ser quantificado ou dividido entre os membros da coletividade; também o produto da eventual indenização obtida em razão da degradação ambiental não pode ser repartido entre os integrantes do grupo lesado, não apenas porque cada um dos lesados não pode ser individualmente determinado, mas porque o próprio objeto do interesse em si mesmo é indivisível. Destarte, estão incluídos no grupo lesado não só os atuais moradores da região atingida como também os futuros moradores do local; não só as pessoas que ali vivem atualmente, mas até mesmo as gerações futuras, que, não raro, também suportarão os efeitos da degradação ambiental. Em si mesmo, portanto, o próprio interesse em disputa é indivisível, e, assim, o produto de eventual indenização obtida será consequentemente indivisível. (Mazzilli, 2009, p. 54)

Já em relação ao vínculo fático ligando os titulares dos direitos difusos, Souza esclarece que “o que faz com que as pessoas indetermináveis possuam interesse em comum é

um fato, uma circunstância, como a de morarem em São Paulo, apreciarem vinho, freqüentarem a praia ou assistirem à televisão” (Souza, 2008, p. 07).

Ainda, Gonçalves ressalta que o vínculo entre os sujeitos é de natureza fática, e não jurídica, não se devendo confundir com o fato de existir fundamento jurídico embasando eventual tutela:

O vínculo entre os titulares do direito difuso decorre de uma relação fática, e não jurídica. Há aqui uma sutileza que deve ser considerada: a proibição da publicidade enganosa decorre de lei, havendo dispositivo expresso a respeito no Código do Consumidor. O interesse difuso dos consumidores de que a propaganda seja tirada do ar tem um fundamento jurídico. Mas não há relação jurídica comum que os una ao responsável pela propaganda enganosa, e sim apenas o fato de estarem potencialmente expostos à publicidade, visto que não há nenhum vínculo jurídico entre eles e o fornecedor responsável pela propaganda em análise. (Gonçalves, 2007, p. 07)

Neste mesmo sentido Mazzilli¹⁶ lembra que, nos direitos difusos, a lesão não decorrerá da relação jurídica acaso existente, mas da situação fática:

Advirta-se, porém, que, embora o CDC se refira a ser uma situação fática o elo comum entre os lesados que compartilhem o mesmo interesse difuso, é evidente que essa relação fática também se subordina a uma relação jurídica (como, de resto, ocorre com quaisquer relações fáticas e jurídicas); entretanto, no caso dos interesses difusos, a lesão ao grupo não decorrerá diretamente da relação jurídica em si, mas sim da situação fática resultante. Assim, p. ex., um dano ambiental que ocorra numa região envolve tanto uma situação fática comum como uma relação jurídica incidente sobre a hipótese; mas o grupo lesado compreende apenas os *moradores da região atingida* – e, no caso, este será o elo fático que caracterizará o interesse difuso do grupo. Tomemos outro exemplo: uma propaganda enganosa pela televisão relaciona-se, sem dúvida, com questões fáticas e jurídicas; contudo, o que reúne o grupo para fins de proteção difusa é o fato de seu *acesso efetivo ou potencial à propaganda enganosa*. (Mazzilli, 2009, p. 53)

Por fim, cumpre lembrar que, de uma mesma situação fática, poderá decorrer lesão a todas as espécies de interesses coletivos em sentido amplo, sendo que um titular de direito difuso lesado poderá tornar-se sujeito de uma relação envolvendo danos a interesses individuais homogêneos, como explica Gonçalves:

Haverá **interesse difuso** apenas daqueles que, expostos ao perigo, correm um risco. Se, em virtude da poluição, um grupo determinado de pessoas adoecer e sofrer danos verificáveis, o seu interesse não será mais difuso, mas **individual homogêneo**.

Isso demonstra que uma atividade pode violar mais de uma espécie de interesse. Por exemplo, se determinado fornecedor divulga pela televisão um produto farmacêutico que não contém o princípio ativo indicado e que pode causar

¹⁶ Este mesmo autor esclarece que “no tocante a quaisquer interesses transindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), sempre haverá uma relação fática e jurídica subjacente” (Mazzilli, 2009, p. 58).

danos ao consumidor, haverá interesse difuso (indivisível e entre pessoas não identificadas) de todos os consumidores potenciais expostos à propaganda, mas haverá interesse individual homogêneo daqueles que, tendo adquirido o produto, sofreram danos. **[grifo nosso]**. (Gonçalves, 2007, p. 08)

Em virtude disso, uma mesma ação civil pública poderá ter a finalidade de reparar danos causados a todas as espécies de direitos coletivos, como detalha Gonçalves:

É possível que se postule em uma mesma ação coletiva a tutela de mais de um tipo de interesse transindividual. Por exemplo, que se impugne uma cláusula contratual de multa que ultrapassa o permissivo legal.

Para ilustrar, haverá tutela de interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos se o pedido formulado na ação civil pública abranger, respectivamente: a declaração de nulidade das cláusulas nos contratos celebrados; a condenação do fornecedor a, nos contratos futuros, abster-se de incluí-las; e a sua condenação a restituir àqueles que já pagaram a multa no valor excessivo.

No que pertine aos interesses coletivos daqueles que firmaram o contrato, se procedente a ação, todos serão beneficiados com a declaração de nulidade da cláusula. Quanto aos difusos dos que ainda não o assinaram, com a procedência estes não estarão potencialmente expostos ao risco de se submeter à abusividade de determinadas cláusulas contratuais no futuro, caso venham a fazê-lo. E em relação aos individuais homogêneos, por estarem esses interesses unidos pelo fato comum de terem sofrido o prejuízo decorrente do pagamento da multa excessiva, serão ressarcidos nos termos da lei. Como visto, cada um dos pedidos diz respeito a um tipo de interesse. Para verificar se uma ação tem por objeto a tutela desse ou daquele tipo de interesse transindividual, é preciso examinar o pedido. **[grifo nosso]**. (Gonçalves, 2007, p. 12)

2.3 - INTERESSES OU DIREITOS COLETIVOS EM SENTIDO ESTRITO

Preliminarmente, cumpre consignar a distinção entre as expressões “direitos coletivos em sentido amplo” e “direitos coletivos em sentido estrito”, muito utilizadas no presente trabalho. Com efeito, “direitos coletivos em sentido amplo” (ou “lato sensu”) é a nomenclatura utilizada para representar os interesses ou direitos transindividuais (ou metaindividuais) em seu gênero, abarcando suas espécies: interesses ou direitos difusos; interesses ou direitos coletivos em sentido estrito (ou “stricto sensu”); e interesses ou direitos individuais homogêneos.

Neste sentido esclarece Gonçalves:

A expressão “interesses coletivos” é equívoca porque designa ao mesmo tempo o gênero e uma das espécies. Pode ser usada como sinônimo de interesse transindividual e para indicar uma das espécies desse interesse. Para diferenciá-los, costuma-se chamar o primeiro de **interesse coletivo em sentido amplo**, e o segundo, **em sentido estrito**. **[grifo nosso]**. (Gonçalves, 2007, p. 08)

Mazzilli também enfatiza que a terminologia “direitos coletivos em sentido amplo” engloba todas as espécies de interesses transindividuais (inclusive os direitos coletivos em sentido estrito, estudados neste tópico):

Em sentido lato, ou seja, mais abrangente, a expressão *interesses coletivos* refere-se a interesses transindividuais, de grupos, classes ou categorias de pessoas. Nessa acepção larga é que a Constituição se referiu a *direitos coletivos* em seu Título II, ou a *interesses coletivos*, em seu art. 129, III; ainda nesse sentido é que o próprio CDC disciplina a ação *coletiva*, que se presta não só à defesa de direitos coletivos *stricto sensu*, mas também à defesa de direitos e interesses difusos e individuais homogêneos. (Mazzilli, 2009, p. 55)

Após a mencionada distinção, cumpre consignar que o artigo 81, parágrafo único, inciso II, da Lei nº 8.078/90, também traz a definição dos interesses ou direitos coletivos (em sentido estrito): “os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

Deste conceito legal, Souza define os interesses ou direitos coletivos como sendo “aqueles pertencentes a um número determinável de pessoas, integrantes de um grupo, categoria ou classe, titulares de um objeto indivisível, as quais estão ligadas entre si ou com a parte contrária por um vínculo jurídico” (Souza, 2008, p. 07).

Assim, Souza delimita as características dos direitos coletivos: a determinabilidade dos sujeitos (que formam um grupo, categoria ou classe); a indivisibilidade do objeto; e a existência de um vínculo jurídico entre os integrantes da coletividade entre si ou com a parte contrária (Cf. Souza, 2008, p. 07).

Como a indivisibilidade do objeto já foi anteriormente explicada, Souza traz alguns exemplos, mas agora quanto aos direitos coletivos:

Suponhamos que determinado condomínio tenha problema quanto ao fornecimento de energia elétrica, serviço que é prestado de forma irregular pela empresa concessionária.

Em consequência, por vezes o elevador não funciona e o portão da garagem não abre.

Realizada assembléia geral, os condôminos, por maioria, deliberaram acionar a fornecedora, sendo certo que o feito culmina por ser julgado procedente. Pois bem: o resultado da demanda certamente beneficiará a todos os condôminos – e não apenas àqueles que foram favoráveis à propositura da ação. Ou o elevador e o portão da garagem funcionam regularmente para todos os condôminos, ou o problema continuará a afetá-los de forma indistinta.

Segundo exemplo pode ser extraído de aumento proposto por empresa administradora a seus consorciados, cuja legalidade está sendo questionada judicialmente.

Caso a ação seja julgada procedente, o benefício atingirá a todos, pois a ilegalidade impedirá que o aumento seja aplicado a qualquer dos integrantes do

grupo; na hipótese oposta, no entanto, todos terão de arcar com o sobrepreço na contribuição mensal. (Souza, 2008, p. 07)

Quanto à indivisibilidade nos interesses coletivos em sentido estrito, Mazzilli também explica, exemplificando:

Exemplifiquemos com uma ação coletiva que vise à nulificação de cláusula abusiva em contrato de adesão. No caso, a sentença de procedência não irá conferir um bem divisível aos integrantes do grupo lesado. O interesse em ver reconhecida a ilegalidade da cláusula é compartilhado pelos integrantes do grupo de forma não quantificável e, portanto, indivisível: a *ilegalidade* de cláusula não será maior para quem tenha dois ou mais contratos em vez de apenas um: a ilegalidade será igual para todos eles (interesse coletivo, em sentido estrito). (Mazzilli, 2009, p. 56)

Gonçalves também comenta esta característica dos interesses coletivos, lembrando que, em razão disso, a coisa julgada será “*ultra partes*”¹⁷, beneficiando a todos que se encontrem na mesma relação jurídica base:

Os interesses coletivos são defendidos de forma indivisível. Não é possível que a ação correspondente beneficie um dos titulares sem beneficiar os demais. Por isso a lei estabelece a coisa julgada *ultra partes*. A decisão judicial ou beneficia todos os que se encontram na situação jurídica base, ou não beneficia ninguém. Trata-se de situação muito diferente da que ocorreria se, em vez de proposta a ação coletiva, fossem propostas inúmeras ações individuais que versassem sobre a cláusula impugnada. Nesse caso não haveria indivisibilidade, sendo possível que o Judiciário acolhesse algumas e não outras. (Gonçalves, 2007, p. 09)

Quanto à determinabilidade dos titulares dos interesses coletivos, que acabam formando um grupo, categoria ou classe, Souza afirma que consiste “na afetiva possibilidade de aferir com exatidão o número de pessoas que titularizam determinado direito”. (Souza, 2008, p. 08).

Este autor ainda exemplifica a característica da determinabilidade dos sujeitos, nos direitos coletivos: “Como exemplos de mencionada determinação podemos citar os condôminos de um edifício, os integrantes de grupo de consórcio, os sócios de um clube ou os empregados de certa empresa” (Souza, 2008, p. 08).

Isto porque o interesse coletivo (em sentido estrito) abrange sujeitos determinados ou determináveis, e esta determinabilidade dos seus titulares o distingue do direito difuso, como explica Gonçalves:

O que distingue o interesse coletivo do difuso é que este tem como titulares pessoas indetermináveis e aquele, pessoas que são determináveis em função da

¹⁷ Conforme determina o artigo 103, inciso II, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor).

relação jurídica base. É o caso dos signatários de um contrato com empresa de consórcio cujas cláusulas são abusivas. Nesse exemplo, o interesse é coletivo, uma vez que as pessoas são determináveis e todas elas têm em comum não apenas um vínculo fático com a parte contrária (a empresa de consórcio), mas também jurídico, que decorre do fato de elas terem firmado o contrato. (Gonçalves, 2007, p. 09)

Assim, tendo em vista que poderão existir titulares determináveis ou indetermináveis, da mesma forma poderá ser observada a defesa de direitos coletivos (em sentido estrito) e difusos, respectivamente, em uma mesma problemática, como detalhou Mazzilli:

Tomemos mais um exemplo de interesse coletivo em sentido estrito. Pode o Ministério Público do Trabalho, com base no art. 83, IV, da Lei Complementar n. 75/93, propor ação civil pública para a declaração de nulidade de cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva que viole as liberdades individuais ou coletivas ou os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores. Em relação aos atuais trabalhadores, o interesse será **coletivo (grupo determinado)**; no que diz respeito aos trabalhadores futuros, o interesse será **difuso (grupo indeterminável)**. **[grifo nosso]**. (Mazzilli, 2009, p. 56)

No que se refere ao vínculo jurídico, ligando os integrantes do grupo entre si ou com a parte contrária, Souza exemplifica:

Valendo-nos dos exemplos acima, a relação jurídica a ser considerada quanto ao condomínio é a própria convenção que o instituiu – e não o problema comum decorrente da irregularidade no fornecimento de energia elétrica; quanto ao consórcio, é a adesão de todos ao mesmo grupo – e não o aumento proposto pela empresa administradora. (Souza, 2008, p. 09)

Desta forma, quanto aos direitos coletivos (em sentido estrito), a lesão não decorrerá especificamente da situação fática, mas da relação jurídica viciada (diferentemente do que ocorre nos direitos difusos, em relação aos quais a lesão não decorre da relação jurídica existente, mas da situação fática¹⁸). Assim detalha Mazzilli:

Cabe, também aqui, uma advertência. Embora o CDC se refira a ser uma relação jurídica básica o elo comum entre os lesados que comunguem o mesmo interesse coletivo (tomado em seu sentido estrito), ainda aqui é preciso admitir que essa relação jurídica disciplinará inevitavelmente uma hipótese fática concreta; entretanto, no caso de interesses coletivos, **a lesão ao grupo não decorrerá propriamente da relação fática subjacente, e sim da própria relação jurídica viciada que une o grupo**. Exemplifiquemos com uma cláusula ilegal em contrato de adesão. A ação civil pública que busque a nulidade dessa cláusula envolverá uma pretensão à tutela de interesse coletivo em sentido estrito, pois o grupo atingido estará ligado por uma relação jurídica básica comum, que, nesse tipo de ação, deverá necessariamente ser resolvida de maneira uniforme para todo o grupo lesado. **[grifo nosso]**. (Mazzilli, 2009, p. 55)

¹⁸ Conforme visto anteriormente, no tópico 2.2, quando do estudo dos direitos difusos.

Como o Código de Defesa do Consumidor, ao conceituar os direitos coletivos, distinguiu hipóteses diversas quanto ao vínculo jurídico (entre os titulares entre si, ou com a parte contrária), Souza chamou-as de “interesse coletivo próprio” e “interesse coletivo impróprio”, respectivamente (Cf. Souza, 2008, p. 09-10).

Este autor nominou de interesse coletivo “impróprio” o resultante de vínculo jurídico dos sujeitos com a parte contrária, haja vista inexistir, em princípio, vínculo organizacional entre os titulares do direito coletivo, apesar de impor uma solução que refletirá para todos (indivisibilidade do objeto, conforme já visto). Assim, Souza explica:

Contudo, quando a relação jurídica prevista pelo Código liga os integrantes do grupo a um mesmo terceiro (*à parte contrária*), inexistirá, ao menos em princípio, a figura organizacional.

Como exemplo do que acabamos de dizer, podemos citar os empregados de determinada empresa (todos mantêm contratos individuais de trabalho), os alunos de certo estabelecimento de ensino e os contratantes de seguro de vida com a mesma seguradora: mencionadas pessoas não mantêm entre si vínculo organizacional qualquer; não obstante, possuem todas elas relação contratual de idêntica natureza com um mesmo terceiro: o empregador, a escola ou a empresa de seguros.

Impende asseverar que, mesmo sem o vínculo organizacional, a natureza indivisível do objeto impõe que a solução do problema enfrentado por todos necessariamente seja comum.

Exemplo típico de tal situação é o de aumento nos planos de saúde ofertados pela empresa “x” ou de mensalidades escolares por determinado estabelecimento.

Inexistindo o vínculo organizacional prévio, mas impondo o tema solução comum a todos, a doutrina costuma falar em interesse coletivo impróprio. (Souza, 2008, p. 10)

Por fim, como ressaltado no tópico antecedente, uma ação civil pública poderá abranger a tutela de mais de uma espécie de interesse coletivo (em sentido amplo), que seja proveniente de um mesmo contexto fático, conforme mostra Gonçalves:

Se um dos legitimados para a ação coletiva ingressar em juízo com demanda para que o juiz determine a nulidade dessas cláusulas nos contratos já firmados, haverá a proteção de **interesses coletivos**, no que concerne a todas aquelas pessoas determináveis que o assinaram. Mas se o legitimado ainda postular que o juiz condene o réu a abster-se de, nos contratos futuros, inserir cláusulas semelhantes, haverá a defesa de **interesses difusos** porque os futuros contratantes não podem ser determinados desde logo e porque a relação que os une não será jurídica (eles ainda não assinaram o contrato), mas fática, por estarem expostos à possibilidade de, no futuro, virem a firmá-lo. **[grifo nosso]**. (Gonçalves, 2007, p. 10)

2.4 - INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

No inciso III do parágrafo único do artigo 81 do Código Consumerista, os interesses ou direitos individuais homogêneos são explicados como sendo “os decorrentes de origem comum”.

Como bem notou Souza, o legislador “mostrou grande singeleza ao definir os individuais homogêneos, utilizando-se apenas de uma de suas características para tanto” (Souza, 2008, p. 10).

Souza traz uma definição para os interesses individuais homogêneos, assim como elenca suas características marcantes (determinabilidade dos sujeitos; divisibilidade do objeto; e vínculo fático entre os titulares):

Em que pese o fato, podemos definir *interesses individuais homogêneos* como aqueles que dizem respeito a um número determinável de pessoas, titulares de objetos divisíveis, as quais estão ligadas entre si por um vínculo fático, decorrente da origem comum das lesões.

Do conceito traçado extraímos as características dos interesses individuais homogêneos: *determinabilidade dos lesados, divisibilidade do objeto* e existência de *vínculo fático entre os sujeitos, identificado pela origem comum das lesões* por todos sofridas. (Souza, 2008, p. 11)

Desta feita, conforme bem observou Souza, “os interesses individuais homogêneos possuem traço comum com os coletivos (a determinabilidade dos sujeitos) e com os difusos (o vínculo fático comum)” (Souza, 2009, p. 192), apesar de diferenciar-se por apresentar a divisibilidade do objeto (Cf. Souza, 2009, p. 192).

Quanto à determinabilidade dos sujeitos, apesar de esta característica já ter sido abordada quando do estudo dos direitos coletivos, Souza diferencia o fato de que, nos interesses individuais homogêneos, não se identifica a formação de grupos, categoria ou classe dos titulares:

A diferença que há diz respeito ao fato de que, em sede de interesses individuais homogêneos, não se mostra presente o vínculo organizacional inerente aos interesses coletivos, consubstanciados na expressão grupo, categoria ou classe de pessoas. (Souza, 2008, p. 11)

Já em relação à divisibilidade do objeto, que diferencia os interesses individuais homogêneos dos difusos e coletivos em sentido estrito, Souza destaca que esta característica permite a reparação individual do dano sofrido, já que é possível compreender qual lesão cada titular suportou:

Com efeito, a divisibilidade implica poder saber perfeitamente qual a lesão individualmente sofrida pela pessoa, de forma que a reparação do dano pode ser feita caso a caso, ao contrário do que ocorre nos interesses difusos e coletivos, quando a solução do problema beneficiará indistintamente a todos.

Mercê da divisibilidade do objeto, os interesses individuais homogêneos – ao reverso do que ocorre com os difusos e coletivos – continuam a ser individuais, podendo, em consequência, ser tutelados em ações movidas pelos próprios interessados, sem embargo de também poderem ser defendidos coletivamente. (Souza, 2008, p. 11)

Desta feita, de um mesmo fato podem decorrer lesões aos interesses coletivos e individuais homogêneos, conforme se identifique a divisibilidade ou indivisibilidade de seu objeto, como nota Mazzilli:

Por sua vez, quando em ação civil pública se reconheça tão-somente a *ilegalidade* de um aumento aplicado nas prestações de um consórcio, teremos interesses *coletivos* (indivisíveis). Em si, a ilegalidade será a mesma para todos os integrantes do grupo, independentemente da quantidade de cotas de cada um deles (*interesse coletivo*, indivisível); já, porém, a pretensão à *restituição* de prestações pagas indevidamente variará de acordo com as cotas de cada qual deles (e aí teríamos *interesses individuais homogêneos*, porque divisíveis). (Mazzilli, 2009, p. 57)

Quanto ao vínculo fático entre os titulares, Mazzilli explicita que, nos direitos individuais homogêneos, não é a relação jurídica¹⁹ que liga os sujeitos, mas sim a situação fática que os identifica, tendo em vista as lesões que tiveram origem comum:

Como exemplo de interesses individuais homogêneos, suponhamos os compradores de veículos produzidos com o mesmo defeito de série. Sem dúvida, há uma relação jurídica comum subjacente entre esses consumidores, mas **o que os liga no prejuízo sofrido não é a relação jurídica em si** (diversamente, pois, do que ocorreria quando se tratasse de interesses coletivos, como numa ação civil pública que visasse a combater uma cláusula abusiva em contrato de adesão), **mas sim é antes o fato de que compraram carros do mesmo lote produzido com o defeito em série (interesses individuais homogêneos)**. Neste caso, cada integrante do grupo terá direito divisível à reparação devida. Assim, o consumidor que adquiriu dois carros terá indenização dobrada em relação ao que adquiriu um só. Ao contrário, se a ação civil pública versasse interesses coletivos, em sentido estrito (p. ex., a nulidade da cláusula contratual), deveria ser decidida de maneira indivisível para todo o grupo. **[grifo nosso]**. (Mazzilli, 2009, p. 57)

¹⁹ Como continua explicando Mazzilli, no que se refere aos interesses individuais homogêneos, a relação jurídica subjacente servirá como causa de pedir, assim como ocorre com os direitos difusos, sendo que em eventual ação coletiva envolvendo os direitos coletivos (em sentido estrito), a lesão ao grupo terá decorrido diretamente da própria relação jurídica viciada (Cf. Mazzilli, 2009, p. 57).

Assim sendo, percebe-se que os interesses individuais homogêneos são “acidentalmente” coletivos, isto é, são essencialmente individuais, mas também merecem uma tutela jurisdicional coletiva, conforme frisa Grinover:

Por isso mesmo observou agudamente o processualista brasileiro Barbosa Moreira que os direitos difusos são ontologicamente coletivos, enquanto os individuais homogêneos são coletivos só acidentalmente, porque podem ser processualmente tratados de maneira coletiva. (Grinover, 2011, p. 229)

No mesmo sentido, Gomes Júnior afirma que os direitos individuais homogêneos são apenas acidentalmente coletivos, admitindo a tutela individual:

Já os interesses individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, III, do CDC) são apenas acidentalmente coletivos, pois poderiam receber tutela individual de forma eficaz, mas por questão de economia processual e, ainda, para evitar a contradição entre julgados, admite-se a tutela mediante ações coletivas. (Gomes Júnior, 2004, p. 04)

Isto porque, apesar de individuais, estes direitos permitem uma tutela coletiva, haja vista terem uma origem fática comum, o que configura a homogeneidade do interesse, conforme detalha Souza:

Tratando-se de interesses individuais, que podem ser tutelados judicialmente pelos próprios lesados, por quais motivos teriam eles sido arrolados pelo legislador juntamente com os difusos e coletivos – que são metaindividuais e lidam com objetos indivisíveis?

A resposta é uma só: o art. 81, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor não arrola os interesses metaindividuais, mas, sim, os interesses que podem ser *tutelados coletivamente*. E os individuais homogêneos, nessa quadra, podem ser defendidos em juízo por ação coletiva, tal como ocorre com os difusos e coletivos.

Mas o que autoriza a defesa coletiva de interesses individuais?

A resposta se encontra em outra das características dos interesses em comento: *a origem comum das lesões sofridas*. (Souza, 2008, p. 11)

O mesmo autor traz dois exemplos envolvendo a tutela dos interesses individuais homogêneos:

Tomemos dois exemplos: no primeiro deles, determinado fabricante de automóvel insere no mercado dez mil exemplares de um modelo com o mesmo vício (no botão do rádio), decorrente de falha no processo produtivo; no segundo, o produtor de certa marca de feijão coloca, em cada embalagem, novecentos e noventa gramas do produto, em vez de um quilo.

Vamos supor, no primeiro dos exemplos dados, que inexistisse a previsão de tutela coletiva de interesses individuais homogêneos: teríamos, então, dez mil lesões individuais, do mesmo tipo e origem, que em tese haveriam de ser tuteladas por igual número de ações individuais. (...)

Pois bem: ao prever a defesa coletiva dos interesses individuais homogêneos, permitiu o legislador fossem as dez mil lesões tuteladas em um único processo, com reflexos extremamente positivos no que pertine ao acesso à justiça, à racionalização dos serviços judiciais e à segurança jurídica das decisões, ante a concreta probabilidade de tratamento uniforme para todas as lesões da mesma espécie e de idêntica origem.

Analisemos, agora, o segundo dos exemplos dados.

Todos os adquirentes do feijão daquela marca sofreram lesão da mesma natureza e decorrentes de origem comum – a subtração, em cada pacote do produto, de dez gramas em relação à quantidade devida.

Vista individualmente, cada lesão, em termos econômicos, possuirá expressão mínima.

Não obstante, o produtor, agindo da forma preconizada em cerca de vinte mil embalagens, por certo experimentou sensível enriquecimento ilícito.

Será que os consumidores, individualmente, teriam acesso ao Judiciário (ainda que considerado o juizado especial cível) para serem ressarcidos das lesões que sofreram? (Souza, 2008, p. 12)

Conforme se depreende dos exemplos acima, a tutela coletiva dos interesses individuais homogêneos contribui para concretizar o acesso à justiça, além de possibilitar uma maior segurança jurídica, na medida em que permite um tratamento isonômico para diversas lesões com origem semelhante. Assim, conclui Souza:

Ao admitir a tutela coletiva dos mencionados interesses, o Código de Defesa do Consumidor culminou por democratizar o acesso à justiça, permitindo que pequenas lesões – quando vistas individualmente – pudessem ser reparadas, assim como consentiu a efetiva responsabilização dos fornecedores que – valendo-se da insignificância de cada uma das lesões – obtinham ganhos ilícitos e vultosos tendo em vista a reiteração da prática espúria. (Souza, 2008, p. 13)

Por derradeiro, cumpre lembrar, conforme já mencionado, que uma mesma ação civil pública poderá buscar a reparação a mais de uma espécie de direito coletivo (em sentido amplo) violado, como explica Mazzilli:

Constitui erro comum supor que, em ação civil pública ou coletiva, só se possa discutir, por vez, uma só espécie de interesse transindividual (ou somente interesses difusos, ou somente coletivos ou somente individuais homogêneos). Nessas ações, não raro se discutem interesses de mais de uma espécie. Assim, à guisa de exemplo, numa única ação civil pública ou coletiva, é possível combater os aumentos ilegais de mensalidades escolares já aplicados aos alunos atuais, buscar a repetição do indébito e, ainda, pedir a proibição de aumentos futuros; nesse caso, estaremos discutindo, a um só tempo: *a*) interesses coletivos em sentido estrito (a *ilegalidade* em si do aumento, que é compartilhada de forma indivisível por todo o grupo lesado); *b*) interesses individuais homogêneos (a *repetição do indébito*, proveito divisível entre os integrantes do grupo lesado); *c*) interesses difusos (a proibição de imposição de aumentos para os *futuros alunos*, que são um grupo indeterminável). (Mazzilli, 2009, p. 59)

Mas esta peculiaridade, de diversas lesões poderem ser reparadas por uma mesma ação coletiva, não deve confundir as espécies de direito transindividuais, que são tutelados de

forma distinta, não podendo um mesmo interesse ser difuso, coletivo e individual homogêneo ao mesmo tempo. Assim ressalva Mazzilli:

Outra confusão recorrente precisa ser desfeita: o mesmo interesse não pode ser simultaneamente difuso, coletivo e individual homogêneo, pois se trata de espécies distintas. O que pode ocorrer é que uma única combinação de fatos, sob uma única relação jurídica, venha a provocar o surgimento de interesses transindividuais de mais de uma categoria, os quais podem até mesmo ser defendidos na mesma ação civil pública ou coletiva. Assim, de um único evento fático e de uma única relação jurídica conseqüente, é possível advirem interesses múltiplos. (...) (Mazzilli, 2009, p. 60)

Em seguida, o mesmo autor traz um exemplo efetivamente observado em juízo:

Mais um exemplo concreto corroborará o que vimos falando. Numa ação civil pública movida pelo Ministério Público em favor de mutuários que tinham adquirido casas próprias, o Superior Tribunal de Justiça admitiu como válida a cumulação destes pedidos: *a)* a nulidade de cláusula contratual de adesão que impunha juros mensais abusivos em detrimento de mutuários; *b)* a indenização em favor dos consumidores que já firmaram os contratos em que constava tal cláusula; *c)* a obrigação da empresa ré de não mais inseri-la nos contratos futuros. Esses pedidos correspondiam, respectivamente, à tutela simultânea de interesses coletivos, individuais homogêneos e difusos. (Mazzilli, 2009, p. 60)

CAPÍTULO III – DA LEGITIMIDADE NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

3.1 – DA LEGITIMIDADE ATIVA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Inicialmente, cumpre notar que o estudo da legitimação na ação civil pública reveste-se de grande importância, tendo em vista suas peculiaridades e por possibilitar a defesa de uma grande coletividade de interessados por um determinado ente legitimado. Neste sentido assevera Gonçalves, afirmando que esta legitimação “aglutina” interesses metaindividuais anteriormente “pulverizados” na sociedade:

Nas ações para a tutela de interesses transindividuais, a questão da legitimidade assume uma importância crucial. Tais interesses não pertencem a uma ou algumas pessoas específicas, mas, na sua totalidade, a um grupo, uma classe ou categoria de pessoas, que ora podem ser determinadas ou determináveis, ora não.

Atribui-se legitimidade a determinados entes para promover, em nome próprio, a defesa desses interesses. **Essa foi a forma mais eficaz de aglutinar ou “molecularizar” os interesses transindividuais, de tal forma pulverizados ou “atomizados” que a sua defesa em juízo era inviável.**

A legitimidade destes erige-se em requisito de viabilidade para a tutela coletiva. Discute-se se ela é ordinária ou extraordinária. **[grifo nosso]** (Gonçalves, 2007, p. 58)

Como evidenciado no último trecho da citação acima, existe uma discussão doutrinária acerca da natureza jurídica da legitimidade ativa nas ações civil públicas, mas este assunto será amplamente abordado no tópico seguinte.

Em relação aos legitimados à propositura da ação civil pública, as Leis nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) elencam expressamente os entes autorizados para tanto, nos artigos 5º e 82, respectivamente.

Desta forma, cumpre transcrever o rol de legitimados trazido pelo artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública:

Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

- I – o Ministério Público;
- II – a Defensoria Pública;
- III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;
- IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;
- V – a associação que, concomitantemente:
 - a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;
 - b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. (...).

Souza explica que o artigo 5º da Lei nº 7.347/85 foi alterado no ano de 2007, incluindo a Defensoria Pública como um dos legitimados ao processo coletivo:

O art. 5º da LACP, com a redação conferida pela Lei Federal n. 11.448, de 15 de janeiro de 2007, arrola os legitimados ativos à propositura da ação civil pública: Ministério Público (inciso I), **Defensoria Pública (II)**, União, Estados, Distrito Federal e Municípios (III), autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista (IV), além das associações civis (V). **[grifo nosso]**. (Souza, 2008, p. 49)

Mas como bem observa Mazzilli, antes mesmo desta alteração legislativa a Defensoria Pública já poderia propor ações coletivas, face ao disposto no artigo 82, inciso III, do Código Consumerista:

A Defensoria Pública já podia propor ações civis públicas ou coletivas, mesmo antes da Lei n. 11.448/07, à vista da permissão que já lhe dava o art. 82, III, do CDC, uma vez que é órgão público destinado a exercitar a defesa dos necessitados (CR, arts. 134 e 5º, LXXIV). Entretanto, para evitar maiores controvérsias acadêmicas ou jurisprudenciais, o legislador acertadamente reconheceu, por expresse, a legitimidade ativa da Defensoria Pública. (Mazzilli, 2009, p. 304)

Nesta toada, compete-nos também mencionar o rol dos legitimados do artigo 82 do Código Consumerista, que acaba por repetir a maioria dos legitimados anteriormente previstos na Lei da Ação Civil Pública:

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:
I – o Ministério Público;
II – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;
III – as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código;
IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear. (...).

Cumpra notar que o Código de Defesa do Consumidor complementa o rol de legitimados trazido pela Lei da Ação Civil Pública, tendo em vista que ambos os documentos devem ser compreendidos reciprocamente²⁰, como lembra Gonçalves:

O CDC, em seu inciso III, art. 82, ainda atribui legitimidade para “as entidades e órgãos da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código”. **Embora o aludido diploma regule as relações de consumo, como o sistema é integrado com o da Lei da Ação Civil Pública, a legitimidade por ele atribuída estende-se à defesa de todos os demais interesses coletivos.** (...). **[grifo nosso]**. (Gonçalves, 2007, p. 61)

²⁰ No tópico 2.1, no Capítulo 2 deste trabalho, explicamos a reciprocidade existente entre a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, conforme autorizam os artigos 21 e 90 dessas leis, respectivamente.

Em relação ao inciso III do artigo 82 do Código Consumerista, mencionado na citação acima, Souza ressalta o fato de ter o legislador atribuído legitimidade ativa a órgãos públicos sem personalidade jurídica:

Assim, ainda que o órgão público não tenha personalidade jurídica própria (como, por exemplo, o Instituto Brasileiro do Patrimônio Cultural, vinculado ao Ministério da Cultura, ou alguns PROCONs que não estejam constituídos sob a forma de fundação), poderá propor ação civil pública, posto que o CDC lhe conferiu *personalidade judiciária* (semelhante, aliás, àquela da herança jacente ou vacante tratada pelo art. 12, IV, do CPC). (Souza, 2008, p. 49)

Outras leis específicas trazem a previsão da legitimação para a propositura de ações coletivas, como o artigo 210 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e o artigo 17, “caput”, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92).

Em relação ao artigo 210 do Estatuto da Criança e do Adolescente, apesar de este dispositivo não mencionar alguns legitimados arrolados no artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública, ambas as normas devem ser vistas em conjunto, conforme nota Souza:

Tratando dos legitimados à tutela dos interesses difusos e coletivos da infância e da juventude, o art. 210 do ECA culminou por omitir as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações.

Apesar da omissão em foco, não há incompatibilidade entre o art. 210 do ECA e o art. 5º da LACP, norma geral acerca do tema, de sorte que as pessoas mencionadas neste último podem propor ação civil pública inclusive em defesa da infância e juventude. (Souza, 2008, p. 50)

Mas parece que, em relação ao artigo 17, “caput”, da Lei de Improbidade Administrativa, os autores têm admitido uma interpretação mais restritiva, de modo que apenas os legitimados ali elencados poderiam propor uma ação civil pública de improbidade administrativa, conforme alerta Souza:

Nos termos do art. 17, *caput*, da Lei Federal n. 8.429/92, a legitimação ativa para a propositura da ação por ato de improbidade administrativa será do Ministério Público – MP ou da pessoa jurídica interessada.

Como se observa, o dispositivo em comento também culminou por restringir o rol dos legitimados ativos, nele incluindo tão-somente o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada, de sorte que não há falar em legitimidade ativa das associações civis para a tutela do patrimônio público, segundo a doutrina amplamente dominante.

Referida conclusão, no entanto, comporta dissenso²¹. (Souza, 2008, p. 50)

²¹ Souza faz parte da doutrina que entende inexistir incompatibilidade entre o artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) e o artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), de modo que haveria uma ampliação dos legitimados à propositura desta demanda específica. Também justifica este

Quanto aos legitimados enumerados na Lei da Ação Civil Pública, Souza nota que os sindicatos²² também poderão ser admitidos neste rol, haja vista a permissão para tutela dos direitos coletivos da categoria (no artigo 8º, inciso III, da Constituição Federal), e por possuírem natureza jurídica de associação civil: “Possuindo natureza jurídica de associação civil, aos sindicatos também é conferida legitimidade ativa para a defesa dos interesses coletivos da categoria.” (Souza, 2008, p. 49).

Este mesmo autor assevera que os sindicatos, à semelhança do que ocorre com as associações civis, deverão apresentar “pertinência temática” entre suas finalidades sindicais e o objeto da ação civil pública proposta:

Idêntica a situação dos sindicatos: seria inconcebível conferir legitimidade ativa, por exemplo, ao Sindicato dos Metalúrgicos de São Paulo para a tutela de interesses difusos de crianças e adolescentes sem qualquer vínculo com os quadros ou finalidades sindicais. (Souza, 2008, p. 62)

Outro exemplo é trazido por Mazzilli: “Assim, nada obsta, p. ex., a que os sindicatos defendam em juízo o meio ambiente do trabalho (interesses difusos).” (Mazzilli, 2009, p. 320).

Mazzilli entende que o requisito da “pré-constituição há pelo menos um ano”, necessário à legitimação das associações civis, deve ser exigido também para os sindicatos: “Cremos que, por identidade de razões, essa exigência também se aplica aos sindicatos, que são pessoas jurídicas de direito privado, com caráter associativo.” (Mazzilli, 2009, p. 308).

No mesmo sentido, Gonçalves explana sobre a legitimidade ativa dos sindicatos, reiterando a exigência da pré-constituição e da pertinência temática:

Embora a Lei de Ação Civil Pública não os tenha mencionado expressamente, tem sido reconhecida a legitimidade dos sindicatos para aforar ação civil pública. Ela deflui do art. 8º, *caput*, e inciso III da Constituição Federal, que considerou livre a associação profissional ou sindical, permitindo ao sindicato a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, até mesmo em questões judiciais e administrativas.

Como a forma mais eficiente de defesa desses interesses é a ação civil pública, não se poderia negar aos sindicatos a legitimidade, mormente porque constituem uma forma de associação civil. Mas eles hão de preencher os mesmos

entendimento pelo fato de que qualquer cidadão tem legitimidade para propor ação popular (art. 5º, LXXIII, CF/88), em defesa do patrimônio público, e, portanto, uma associação civil que se constitui pela vontade de muitos cidadãos teria legitimidade ativa para propor uma ação de improbidade administrativa (Cf. Souza, 2008, p. 50-51).

²² Para Mazzilli, assim como os sindicatos, as centrais sindicais também poderão propor ações coletivas, tendo em vista sua natureza de associação civil (Cf. Mazzilli, 2009, p. 323).

requisitos de representatividade adequada, como **a pré-constituição por um ano e a pertinência temática. [grifo nosso]** (Gonçalves, 2007, p. 70)

Outro legitimado ativo, não previsto expressamente pela legislação, são os partidos políticos, tendo em vista possuírem natureza associativa, como entende Gonçalves:

Muito se controverte sobre a legitimidade dos partidos políticos para o ajuizamento de ações civis públicas, havendo decisões que não a admitem sob o fundamento de que o art. 5º da Lei de Ação Civil Pública não os menciona e que o rol é taxativo.

Mas não se pode negar que eles tenham natureza associativa, conforme estabelecido na Constituição Federal. Diante disso, serão legitimados para a ação. (Gonçalves, 2007, p. 71)

Em relação aos partidos políticos, cumpre consignar que Mazzilli entende não ser exigível a pertinência temática (entre os fins partidários e o direito transindividual tutelado), nos moldes do que se exige para as associações civis (Cf. Mazzilli, 2009, p. 311).

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) também tem legitimidade para propor ações civis públicas, tendo em vista o disposto no artigo 54, incisos II e XIV, da Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil - OAB), e também por apresentar natureza jurídica de autarquia federal especial, como explica Mazzilli:

Enquanto órgão encarregado da representação e defesa da classe dos advogados, a Ordem dos Advogados do Brasil também recebeu da lei legitimação para propor ações civis públicas ou coletivas. Essas ações envolverão verdadeira substituição processual da classe, e ora serão propostas pelo seu Conselho Federal, ora pelos presidentes dos Conselhos e das Subseções da entidade.

Mas, afora as ações em defesa da própria classe dos advogados, poderia a OAB também ajuizar ações civis públicas ou coletivas para a defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, mesmo de grupos alheios ao seu quadro associativo? (...)

Sua natureza jurídica é de autarquia federal especial, e, como tal, pode ajuizar ações civis públicas ou coletivas de objeto compatível com seus fins legais. Quando a OAB zela pela observância de interesses transindividuais de expressão social (como os do meio ambiente, os das pessoas com deficiência, os dos consumidores em geral), está não apenas defendendo garantias fundamentais das próprias pessoas (sejam elas ou não advogados ou estagiários), como também está zelando por direitos fundamentais de toda a coletividade; desta forma, tal tutela se insere duplamente dentro dos objetivos da entidade (**art. 44, I e II, do EOAB**). De qualquer forma, é necessário que haja compatibilidade entre a defesa judicial do interesse e as finalidades da entidade. **[grifo nosso]** (Mazzilli, 2009, p. 305-306)

As agências reguladoras também poderão propor ações coletivas, haja vista sua natureza jurídica de autarquias de regime especial, como também explica Mazzilli: “Também as agências reguladoras podem, em tese, ajuizar ações civis públicas ou coletivas, pois são

autarquias sob regime especial. Podem fazê-lo isoladamente ou em litisconsórcio com os demais colegitimados”. (Mazzilli, 2009, p. 306).

Por fim, Mazzilli indica as comunidades indígenas como legitimadas ao processo coletivo, tendo em vista o disposto no artigo 232 da Constituição Federal: “Também os sindicatos e as comunidades indígenas podem propor ações coletivas.” (Mazzilli, 2009, p. 306).

Ainda, Mazzilli esclarece que as sociedades cooperativas não poderão ajuizar ações coletivas, por terem finalidade econômica e não se confundirem com as associações civis (Cf. Mazzilli, 2009, p. 307).

Já em relação aos cidadãos, apesar de não estarem legitimados ao processo coletivo, poderão propor ação popular²³, que poderá ter o mesmo objeto das ações coletivas, como a defesa do meio ambiente ou do patrimônio cultural, como nota o mesmo autor (Cf. Mazzilli, 2009, p. 307).

No que se refere aos entes legitimados expressamente indicados na legislação, interessantes se mostram algumas considerações:

a) Ministério Público:

Inicialmente, cumpre notar que a propositura de ação civil pública pelo órgão ministerial tem previsão constitucional, no artigo 129, inciso III, da Constituição Federal, conforme lembra Souza:

O art. 129, III, da CF afiançou ser função institucional do Ministério Público “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.” (Souza, 2008, p. 54)

O Ministério Público poderá propor uma ação civil pública, mas atuará obrigatoriamente como fiscal da lei (“custos legis”) quando não for o seu autor, conforme se depreende do artigo 5º, §1º, da Lei da Ação Civil Pública, e do artigo 92 da Lei nº 8.078/90. Neste sentido lembra Gonçalves: “O Ministério Público pode atuar, nas ações civis públicas, em duas qualidades: autor ou fiscal da lei.” (Gonçalves, 2007, p. 62).

²³ A ação popular está prevista no artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, e seu procedimento vem regulado pela Lei nº 4.717/65.

Este mesmo autor explica que a atuação do Ministério Público como fiscal da lei se justifica pela necessidade de a demanda coletiva ter uma maior fiscalização, haja vista a importância do direito coletivo (em sentido amplo) em discussão:

A razão para que o *Parquet* intervenha é a necessidade de fiscalização do andamento do processo, que se faz necessária em virtude da legitimidade extraordinária dada a determinados entes. Haveria, por exemplo, o risco de a entidade autora exigir vantagens pessoais em troca de uma eventual desistência ou abandono da causa, ou ainda para não dar ao processo o andamento adequado. (Gonçalves, 2007, p. 66)

Mas Gonçalves ressalva que a participação do “Parquet” como “custos legis” não significa que atuará sempre em favor do autor da ação civil pública, já que deverá se manifestar conforme sua convicção:

No caso da ação civil pública, o Ministério Público, enquanto fiscal da lei, não precisa manifestar-se sempre a favor do autor da ação. Sua atuação não é vinculada, mas livre, cabendo-lhe manifestar-se de acordo com a sua convicção. Nesse caso, não atua como assistente da parte nem como substituto processual, devendo observar os princípios da autonomia e independência funcional. (Gonçalves, 2007, p. 66)

Cumpram também notar que, para Souza, não será obrigatória a intervenção do Ministério Público em toda ação civil pública, mas apenas nas que envolvam interesse indisponível²⁴:

Muito embora o art. 5º, §1º, pareça ter cometido à Instituição dever absoluto – de atuar em toda e qualquer ação civil pública – é de ver que a sua análise há de ser feita em harmonia com os princípios constitucionais que tratam do Ministério Público. (...)

Dessa forma, a interpretação a ser dada ao art. 5º, §1º, da LACP é a de que a intervenção do Ministério Público como fiscal da lei nas ações civis públicas propostas pelos demais legitimados ativos será obrigatória desde que na demanda esteja sendo tutelado um interesse indisponível.

Caso disponível o objeto da ação, ao Ministério Público não é dado nela intervir, em face dos princípios constitucionais que regem a sua atuação. (Souza, 2008, p. 64)

No mesmo sentido mencionam Negrão e Gouvêa:

Há um acórdão entendendo que o MP somente atua na ação civil pública como fiscal da lei “quando, em virtude da qualidade das partes ou pela natureza da

²⁴ Souza faz questão de esclarecer esta questão, principalmente porque a falta de intervenção ministerial, nas hipóteses legalmente previstas, gera nulidade absoluta do processo, conforme dispõe o artigo 84 do Código de Processo Civil (Cf. Souza, 2008, p. 64).

matéria questionada, os direitos forem indisponíveis” (RT 731/291). (Negrão e Gouvêa, 2008, p. 1.156)

Atuando no processo coletivo como autor, o Ministério Público terá sempre “interesse de agir”, que será presumido, enquanto para os demais colegitimados o interesse deverá ser aferido em concreto, conforme ensina Mazzilli:

De outro lado, assim como não se lhes exige período mínimo de pré-constituição, também não se exigem requisitos de representatividade adequada do Ministério Público ou das pessoas jurídicas de direito público interno (União, Estados, Municípios e Distrito Federal); em tese, estarão todos legitimados a ajuizar ação civil pública ou coletiva. **Quanto ao Ministério Público, seu interesse de agir é presumido:** como disse Salvatore Satta, “o interesse do Ministério Público é expresso pela própria norma que lhe consentiu ou impôs a ação”.

Os demais legitimados, e até mesmo, a nosso ver, União, Estados, Municípios e Distrito Federal deverão ter *interesse concreto* na defesa do interesse objetivado na ação civil pública ou coletiva. Assim, p. ex., não teria um Município interesse em defender um bem dominial da União, nem o contrário²⁵. **[grifo nosso]** (Mazzilli, 2009, p. 313)

Mas este mesmo autor explica que poderá faltar “interesse processual”²⁶, numa demanda coletiva proposta pelo “Parquet”, em determinado caso concreto:

Quando a lei confere legitimidade ao Ministério Público, presume-lhe o interesse de agir, pois que a instituição está identificada por princípio como defensora dos interesses indisponíveis da sociedade como um todo. Assim, não há o juiz de negar o *interesse de agir* do Ministério Público, cuja existência já foi reconhecida pelo legislador, quando lhe cometeu a atribuição. Entretanto, o *interesse processual*, em concreto, pode estar ausente, quando, p. ex., numa ação civil pública ambiental, o Ministério Público esteja pretendendo que se coloque o filtro na chaminé de uma fábrica que já tenha encerrado suas atividades. (Mazzilli, 2009, p. 331)

Cumprе mencionar que não será exigido do Ministério Público o requisito da “pertinência temática”²⁷, necessário para as associações civis demandarem no processo coletivo, em relação às quais adiante se explicará. Como lembra Gonçalves: “Não se exige o

²⁵ Mazzilli cita o entendimento contrário de Nelson e Rosa Nery, para quem, por exemplo, um Estado federado poderia ajuizar ação coletiva na defesa do meio ambiente do outro, com a justificativa de que “quando o Estado federado move ação civil pública, não está ali na tutela de direito seu, individual, mas de direito que transcende a individualidade” (Mazzilli, 2009, p. 313).

²⁶ Mazzilli distingue o “interesse de agir”, extraprocessual, que é presumido para o Ministério Público (quando a lei atribui-lhe alguma função institucional), do “interesse processual”, que seria “a adequação entre a necessidade de a instituição recorrer ao Judiciário e a utilidade prática do provimento jurisdicional pretendido” (Mazzilli, 2009, p. 370). Como esclarece este autor, exatamente para evitar esta confusão, “o CPC de 1973 abandona a expressão clássica *interesse de agir* e se vale apenas de *interesse processual* (art. 267, VI).” (Mazzilli, 2009, p. 371).

²⁷ Como explica Mazzilli, a “pertinência temática”, exigida como requisito para que alguns entes legitimados sejam autores em ações coletivas, corresponde à compatibilidade que deve existir entre a finalidade institucional e a defesa judicial do interesse transindividual (Cf. Mazzilli, 2009, p. 307).

requisito da pertinência temática do Ministério Público, nem da União, Estados, Municípios ou Distrito Federal.” (Gonçalves, 2007, p. 68).

Questão que já foi muito discutida refere-se à legitimidade do Ministério Público para propor ação coletiva em defesa dos interesses individuais homogêneos, tendo em vista que, por serem estes direitos essencialmente individuais, surgiu a dúvida sobre ser devida a participação ministerial nestas demandas.

O Ministério Público do Estado de São Paulo, ao editar a Súmula nº 07, por seu Conselho Superior, dirimiu esta discussão, esclarecendo as hipóteses de atuação do “Parquet” nos casos que envolvam interesses individuais homogêneos, conforme explica Gonçalves:

No Estado de São Paulo, freqüentemente os promotores têm deixado de officiar em ações civis públicas que versam sobre interesses dessa natureza, aduzindo que isso fere sua destinação institucional. O Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo editou a Súmula 7, segundo a qual o *Parquet* está legitimado à defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade, tais como: a) os que digam respeito a direitos ou garantias constitucionais, bem como aqueles cujo bem jurídico a ser protegido seja relevante para a sociedade (v.g., dignidade da pessoa humana, saúde e segurança das pessoas, acesso das crianças e adolescentes à educação); b) nos casos de grande dispersão dos lesados (v.g., dano de massa); c) quando a sua defesa pelo Ministério Público convenha à coletividade, por assegurar a implementação efetiva e o pleno funcionamento da ordem jurídica, nas suas perspectivas econômica, social e tributária. (Gonçalves, 2007, p. 64)

Assim, conclui o mesmo autor que o Ministério Público terá legitimidade para atuar na defesa dos interesses individuais homogêneos que sejam indisponíveis ou interessem à sociedade em geral:

O Ministério Público só está legitimado para a defesa dos interesses individuais homogêneos, que sejam também indisponíveis ou de tal vulto que interessem a toda a sociedade. Com exceção desses casos, não há motivo para a sua participação, seja como autor, seja como fiscal da lei.

Por interesses indisponíveis devem ser entendidos aqueles referentes a valores imprescindíveis para a sobrevivência e o desenvolvimento da pessoa humana, e para o bem da coletividade. Por exemplo, o *Parquet* não participará de ação indenizatória decorrente de danos a alguns consorciados, por cobrança de quantia indevida, porque o interesse discutido não lhe diz respeito. Mas se a ação objetivar a defesa de interesses difusos e coletivos, a participação do Ministério Público será sempre obrigatória. **[grifo nosso]** (Gonçalves, 2007, p. 64)

No mesmo sentido sustenta Souza, lembrando-se da necessidade dos interesses individuais homogêneos serem indisponíveis²⁸, para a atuação do Ministério Público, o que se coaduna com o disposto no artigo 127, “caput”, da Constituição Federal:

E com relação aos interesses individuais homogêneos?

Em que pesem divergências doutrinárias e jurisprudenciais pretéritas – decorrentes, entre outros motivos, do fato de que mencionados interesses não constavam do art. 129, III, da CF (por razões óbvias, posto que somente vieram a ser definidos pelo CDC, em 1990) –, a tendência atual (inclusive nos Tribunais Superiores) é a de admitir a legitimidade ativa do Ministério Público para tutelá-los, tendo em vista o disposto nos arts. 129, IX, da CF e 91 do CDC.

Importa ressaltar, no entanto, que **a legitimidade do Ministério Público para a tutela de interesses individuais homogêneos dependerá sempre da indisponibilidade destes, nos termos do art. 127, caput, da CF**. Neste sentido, a **Súmula de entendimento 7 do CSMP de São Paulo**, segundo a qual o Ministério Público poderá tutelar mencionados interesses quando tal defesa for de conveniência social, como nas hipóteses de saúde e segurança das pessoas, acesso de crianças ou adolescentes à educação, etc.

Exemplo típico de interesses individuais homogêneos que podem ser tutelados pela Instituição é o da inexistência, na rede pública de ensino, de vagas para duzentas crianças com sete anos de idade. **[grifo nosso]** (Souza, 2008, p. 55)

Por fim, é interessante notar que, se o Ministério Público não propuser uma ação civil pública, promovendo o arquivamento do inquérito civil (ou das peças de informação que possuir), estará sujeito a controle institucional, pelo Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispõe os artigos 9º, §§1º, 3º e 4º, da Lei da Ação Civil Pública²⁹. Neste sentido adverte Gonçalves:

A não-propositura está sujeita a controle pelos órgãos superiores da própria Instituição. Requerido o arquivamento do inquérito civil, o promotor deverá remetê-lo, no prazo de 3 dias, ao Conselho Superior do Ministério Público, para reexame necessário. (Gonçalves, 2007, p. 63)

²⁸ Souza conclui que “Em síntese, possui o Ministério Público legitimidade para tutelar interesses individuais, coletivos e difusos, desde que indisponíveis.” (Souza, 2008, p. 56). Este autor lembra que, em se tratando dos interesses difusos, serão indisponíveis por excelência, por traduzirem direitos sociais, mas defende que apenas os direitos coletivos (em sentido estrito) indisponíveis poderão ser tutelados pelo “Parquet” (Cf. Souza, 2008, p. 55).

²⁹ Artigo 9º da Lei nº 7.347/85: “Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação civil, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.

§1º Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 3 (três) dias, ao Conselho Superior do Ministério Público.”

(...)

§3º A promoção de arquivamento será submetida a exame e deliberação do Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu regimento.

§4º Deixando o Conselho Superior de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação.”

Mas o órgão ministerial terá independência funcional para avaliar sobre a necessidade de propositura da demanda coletiva, o que distancia sua legitimação dos demais entes legitimados ativos, que terão apenas a faculdade e não a obrigatoriedade de provocar a jurisdição. Neste sentido ressalta Souza:

O princípio da obrigatoriedade impõe a atuação do Ministério Público. Obviamente, no entanto, tal imposição comporta limites, traduzidos na *liberdade de convicção* assegurada a seus órgãos pelo art. 127, §1º, da CF (que dispõe sobre a independência funcional).

Como decorrência do que estamos tratando, o órgão do Ministério Público, ao avaliar as provas produzidas no inquérito (civil ou policial), poderá exercer *juízo crítico* acerca do respectivo conteúdo, avaliando-o de acordo com a sua convicção.

Contudo, o juízo crítico conferido aos órgãos do Ministério Público é meramente técnico ou jurídico. Em outras palavras, verificando, da análise do inquérito, que ocorreu um dano (ou sua ameaça) a interesse passível de tutela pela Instituição, não poderá o órgão do *parquet* tecer qualquer outro tipo de avaliação – como de conveniência e oportunidade da adoção de providências: incumbe-lhe agir para solucionar o problema.

Os demais legitimados ativos, no entanto, não têm o *dever* de propor a ação civil pública, mas a *faculdade* de fazê-lo. (Souza, 2008, p. 58)

Este mesmo autor menciona os dispositivos legais que indicam o “princípio da obrigatoriedade” que vige na atuação do Ministério Público em sede de ação civil pública:

Onde se encontra o princípio da obrigatoriedade na Lei da Ação Civil Pública?

Em que pese o art. 5º, *caput*, apenas reflita a possibilidade da propositura da ação pelos legitimados ativos, é de ver que o §1º do dispositivo em comento traz o dever do Ministério Público de intervir em todas as ações civis públicas, assim como o §3º obriga a Instituição a assumir o pólo ativo do processo em caso de desistência injustificada pelo autor, e o art. 15 a ela imponha o *munus* de iniciar a execução na hipótese de inércia do autor da medida. (Souza, 2008, p. 58)

b) Defensoria Pública:

Conforme anteriormente exposto, a Defensoria Pública foi incluída no rol dos legitimados do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) pela Lei nº 11.448/2007, mas já era admitida à propositura das ações coletivas, por incluir-se na previsão do artigo 82, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

Quanto à Defensoria Pública, no entendimento de Souza, sua legitimidade ativa para a propositura de ação civil pública estará condicionada ao objetivo de assistir juridicamente os necessitados, no sentido do que dispõem os artigos 5º, inciso LXXIV, e 134, da Constituição Federal:

Nessa senda, a Defensoria terá legitimidade ativa desde que o interesse metaindividual a ser objeto de tutela na ação civil pública pertença a pessoas necessitadas. (...)

Como exemplos, podemos citar a tutela de grupo de moradores de rua, que se encontram à margem de qualquer política pública; de alunos que não conseguem vagas na rede pública de ensino etc. (Souza, 2008, p. 63)

c) União, Estados, Distrito Federal e Municípios:

Em relação às pessoas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), Souza lembra que somente poderão propor uma ação coletiva em defesa dos interesses de sua população:

O art. 5º da LACP (visto em harmonia com o art. 82 do CDC) arrola dentre os legitimados ativos a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios. (...)

No entanto, uma restrição é de ser feita: a pessoa política somente poderá agir em defesa dos interesses da sociedade que a forma e constitui – em outras palavras, das pessoas a quem lhe incumbe representar.

Assim, não pode o Município de São Paulo propor ação civil pública por danos sofridos exclusivamente pela população de Santos, assim como não pode o Estado do Amazonas tutelar lesão que acometeu apenas a sociedade do Rio Grande do Norte.

Isso porque o Município de São Paulo e o Estado do Amazonas, nos exemplos citados, não representam adequadamente os corpos sociais que sofreram o dano.

De outra sorte, também não compete à União mover ação civil pública em virtude de danos de âmbito meramente local ou regional, cabendo-lhe tão-somente a tutela de lesões que possuam repercussão nacional. (Souza, 2008, p. 59)

No mesmo sentido afirma Gonçalves, lembrando que este aspecto relaciona-se ao interesse de agir dos entes estatais:

Os entes estatais só podem propor ação que verse sobre danos que lhes digam respeito, sob pena de carecerem de **interesse de agir**. Se o dano se limitou ao Estado de São Paulo, a demanda não poderá ser proposta por outra unidade da Federação. O mesmo vale no âmbito municipal. Se o dano, porém, ocorrer em vários Estados, qualquer um deles poderá fazê-lo. **[grifo nosso]** (Gonçalves, 2007, p. 67)

d) Autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista:

Os órgãos da administração indireta não precisarão do requisito da “pré-constituição”, exigido para as associações civis (conforme será visto em seguida), mas nas ações coletivas por eles intentadas deverá haver “pertinência temática” com seus objetivos. Assim explica Gonçalves:

Quanto ao requisito da pré-constituição, parece-nos que só as associações civis devem preenchê-lo, sendo desnecessário para as entidades de administração direta ou indireta. Já o da pertinência temática é exigido também para os órgãos da administração indireta. Por força do princípio da especialidade, eles só podem ajuizar ações civis públicas que estejam relacionadas com as suas funções. Uma estatal criada para prestar serviços de saúde não pode promover ação civil pública para a defesa dos consumidores dos serviços de telefonia porque estaria se desviando das funções para as quais foi criada. (Gonçalves, 2007, p. 67)

No mesmo sentido, Souza menciona que a necessidade de pertinência temática, para estes legitimados, infere-se da leitura do artigo 82, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor:

Cumpra informar, de início, que o requisito em foco não se aplica apenas às associações civis, mas também às autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, como se observa do art. 82, III e IV, do CDC. (Souza, 2008, p. 61)

Souza também exemplifica esta questão da pertinência temática, exigível também aos entes da administração indireta:

O IBAMA é autarquia federal, possuindo, em consequência, legitimidade ativa para a propositura de ação civil pública.

Não obstante, tendo em vista que as suas finalidades legais (portanto, institucionais) estão ligadas à defesa do meio ambiente, por certo não pode a autarquia propor a demanda para a tutela, por exemplo, de interesses difusos dos consumidores ou das pessoas portadoras de deficiência.

Sendo finalidade institucional do IBAMA a defesa do meio ambiente, apenas quanto a este interesse poderá ele ajuizar ação civil pública. (Souza, 2008, p. 62)

e) Associações civis:

Já em relação às associações civis, necessário se mostra o cumprimento de dois requisitos: a pré-constituição há pelo menos um ano nos termos da lei civil, e que suas finalidades institucionais tenham relação com o objeto a ser tutelado na ação coletiva (conforme se depreende da leitura do artigo 5º, inciso V, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 7.347/85, e do artigo 82, inciso IV, da Lei nº 8.078/90).

Gonçalves lembra-se das necessidades destes requisitos, afirmando que atestarão a “representatividade adequada” das associações civis no processo coletivo:

Ao contrário dos demais legitimados, devem as associações civis preencher certos requisitos indispensáveis para que tenham **representatividade adequada**. São eles: serem constituídas há mais de um ano; haver pertinência entre a finalidade

institucional da associação e o interesse coletivo que visa defender na ação civil pública. **[grifo nosso]** (Gonçalves, 2007, p. 67-68)

No mesmo sentido, Mazzilli nomina de “representatividade adequada” o preenchimento dos requisitos “pertinência temática” e “pré-constituição há pelo menos um ano nos termos da lei civil” (Cf. Mazzilli, 2009, p. 307).

O primeiro requisito exigido para a legitimação da associação civil (pré-constituição³⁰) tem a finalidade de obstar a criação de associações apenas com o intuito de serem utilizadas as ações civis públicas como instrumentos políticos, como explica Souza:

As associações civis, no entanto, estão sujeitas ao cumprimento da exigência inserta no inciso V, *a*, do art. 5º em comento, qual seja, a de estarem constituídas há pelo menos um ano “nos termos da lei civil”.

O dispositivo em foco traz o denominado requisito da *pré-constituição da associação civil*.

Cumprir destacar que estar regularmente constituída implica possuir a associação os respectivos estatutos devidamente registrados no cartório de registro civil das pessoas jurídicas (a propósito, v. o art. 45 do CC).

Em princípio, portanto, somente terá legitimidade ativa a associação civil que estiver registrada no cartório competente com pelo menos um ano de antecedência em relação à data do ajuizamento da demanda. (...)

Com o dispositivo em comento, quis o legislador evitar o uso político da ação, impedindo que associações fossem instituídas tão-somente para mencionada finalidade. [grifo nosso] (Souza, 2008, p. 60-61)

No mesmo sentido, Gonçalves também afirma que “a finalidade é impedir que associações sejam criadas com a intenção de propor determinada ação civil pública específica.” (Gonçalves, 2007, p. 68).

Mas este requisito da pré-constituição poderá ser excepcionado em determinadas situações, conforme se observa do artigo 5º, §4º, da Lei da Ação Civil Pública, e do artigo 82, §1º, do Código de Defesa do Consumidor. Assim nota Souza:

Não obstante, o próprio §4º do art. 5º (acrescido pelo CDC) excepcionou o requisito, *facultando* ao juiz dispensá-lo “quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”.

A exceção é elogiável.

Com efeito, se a finalidade da restrição foi a de impedir virasse a ação civil pública instrumento político na mão de associações instituídas em razão de fato determinado, nada mais justo do que conferir ao juiz a possibilidade de, ante a análise do caso concreto, verificar a seriedade da propositura da demanda e, em tal condição, dispensar a autora do requisito.

³⁰ Souza lembra que o requisito da pré-constituição também deve ser exigido para as fundações de direito privado (Cf. Souza, 2008, p. 60). No mesmo sentido, Mazzilli afirma que o requisito da pré-constituição há pelo menos um ano também deve ser exigido das fundações privadas, por analogia (Cf. Mazzilli, 2009, p. 309). Ainda em relação às fundações privadas, Mazzilli entende ser necessária a pertinência temática, também em analogia às associações civis (Cf. Mazzilli, 2009, 310).

Assim, o controle do uso político da ação na hipótese em foco passou a competir ao juiz, que, em sua análise, deverá ter em conta os requisitos trazidos pelo art. 5º, §4º, da LACP (manifesto interesse social em decorrência da magnitude do dano ou da relevância do bem jurídico tutelado). (Souza, 2008, p. 61)

O outro requisito, trazido pelo artigo 5º, inciso V, alínea “b”, da Lei da Ação Civil Pública (e reiterado no artigo 82, inciso IV, do Código Consumerista) é chamado de “pertinência temática” pela doutrina, que o relaciona ao “interesse de agir” da associação civil, conforme explica Souza:

O inciso V, b, do art. 5º traz requisito pertinente ao **interesse de agir** da associação civil.

Assevera o dispositivo em comento que a associação somente terá interesse caso contenha, dentre suas finalidades institucionais, “a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”.

Cumpra informar, de início, que o requisito em foco não se aplica apenas às associações civis, mas também às autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações, como se observa do art. 82, III e IV, do CDC.

Consigna o dispositivo em comento a denominada *representatividade adequada*, também chamada, no caso, de ***pertinência temática***.

Consiste a *representatividade adequada* na harmonização entre as finalidades institucionais das associações civis ou dos órgãos públicos legitimados e o objeto a ser tutelado na ação civil pública.

Em outras palavras, mencionadas pessoas somente poderão propor a ação civil pública em defesa de um interesse cuja tutela seja de sua finalidade institucional. **[grifo nosso]** (Souza, 2008, p. 61)

O mesmo autor exemplifica o requisito da pertinência temática:

O mesmo se diga das associações civis: o IDEC (Instituto de Defesa do Consumidor) tem como finalidade estatutária a defesa dos interesses dos consumidores – e não do patrimônio ambiental ou da infância e da juventude. Assim sendo, somente poderá propor ação civil pública em defesa do interesse que ensejou a sua própria criação. (Souza, 2008, p. 62)

Apesar de este requisito (pertinência temática) não poder ser dispensado pelo juiz, a finalidade institucional da associação civil, sendo razoavelmente genérica, poderá abarcar interesses correlatos, como explica Mazzilli:

As associações civis necessitam, portanto, ter finalidades institucionais compatíveis com a defesa do interesse transindividual que pretendam tutelar em juízo. Entretanto, essa finalidade pode ser razoavelmente genérica; não é preciso que uma associação civil seja constituída para defender em juízo especificamente aquele exato interesse controvertido na hipótese concreta. Em outras palavras, de forma correta já se entendeu, p. ex., que uma associação civil que tenha por finalidade a defesa do consumidor pode propor ação coletiva em favor de participantes que tenham desistido de consórcio de veículos, não se exigindo tenha sido instituída para a defesa específica de interesses de consorciados de veículos, desistentes ou

inadimplentes. Essa generalidade não pode ser, entretanto, desarrazoada, sob pena de admitirmos a criação de uma associação civil para a defesa de qualquer interesse, o que desnaturaria a exigência de representatividade adequada do grupo lesado. (Mazzilli, 2009, p. 310)

Negrão e Gouvêa mencionam um julgado do Superior Tribunal de Justiça que parece corroborar esta hipótese, tendo em vista que decidiu ter uma associação de moradores legitimidade para defesa do meio ambiente, por ter como finalidade genérica a proteção do bem-estar coletivo:

A ação civil pública pode ser ajuizada tanto pelas associações exclusivamente constituídas para a defesa do meio ambiente, quanto por aquelas que, formadas por moradores de bairro, visam ao bem-estar coletivo, incluída, evidentemente, nessa cláusula a qualidade de vida, só preservada enquanto favorecida pelo meio ambiente” (STJ-2ª T., REsp 31.150-SP, rel. Min. Ari Pargendler, j. 20.5.96, não conheceram, v.u., DJU 10.6.96, p. 20.304). (Negrão e Gouvêa, 2008, p. 1.156)

Ainda em relação à legitimidade das associações civis, cumpre notar que o artigo 82, inciso IV, do Código de Defesa do Consumidor, dispensa a autorização em assembleia geral, para a propositura de ação civil pública, conforme explica Mazzilli:

O art. 82, IV, do CDC, dispõe que as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por esse Código, podem ajuizar a ação coletiva, dispensada, porém, a autorização de assembléia geral.

Por que o CDC dispensou a autorização de assembléia?³¹ Porque, se a associação incluir entre seus fins institucionais a defesa dos direitos e interesses dos consumidores, já terá havido a bastante autorização estatutária.

Da mesma forma, se uma entidade associativa de classe estiver votada estatutariamente à defesa de interesses judiciais e extrajudiciais dos associados, dispensar-se-á autorização específica destes últimos. (Mazzilli, 2009, p. 316)

Por fim, cumpre mencionar que os requisitos da pertinência temática e pré-constituição configuram “pressupostos processuais”, e não “condições da ação”, conforme explica Mazzilli, que ressalta esta distinção lembrando que o juiz poderá dispensar o pressuposto processual da pré-constituição, mas não poderá dispensar uma condição da ação

³¹ Assim explica Mazzilli, que afirma ser necessária a autorização dos associados, para que a associação civil os defenda judicialmente, por conta do disposto no artigo 5º, inciso XXI, da Constituição Federal (Cf. Mazzilli, 2009, p. 315). Conforme afirma, “essa autorização poderá decorrer não só de assembléia geral, como de seus estatutos, ou mesmo de deliberação da diretoria se o permitirem seus atos constitutivos.” (Mazzilli, 2009, p. 315). Este autor ainda lembra que, para alguns, o inciso XXI do artigo 5º da Constituição Federal trataria apenas de “representação” em sentido estrito, e não de substituição processual, conforme entende (Cf. Mazzilli, 2009, p. 315). Gonçalves, no mesmo sentido, aduz: “É indispensável que a associação tenha obtido autorização assemblear ou que haja autorização estatutária para o ajuizamento da ação, o que decorre do art. 5º, XXI, da Constituição Federal: ‘as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados’. A autorização pode vir de assembléia ou dos próprios estatutos.” (Gonçalves, 2007, p. 70).

(legitimidade de partes, interesse processual e possibilidade jurídica do pedido) (Cf. Mazzilli, 2009, p. 314).

Após a análise de cada ente legitimado à propositura das ações civis públicas, falaremos sobre as características desta legitimação, da possibilidade de litisconsórcio entre os legitimados, dentre outros aspectos gerais.

Dentre as peculiaridades da legitimação ativa na ação civil pública, Gonçalves explica ser a legitimidade “concorrente” e “disjuntiva” entre os diversos entes legitimados:

A legitimidade entre os diversos entes é concorrente e disjuntiva. Concorrente, porque cada um deles pode propor a ação; e disjuntiva, porque não há necessidade de que eles venham juntos a juízo. Cada qual pode fazê-lo individualmente. (Gonçalves, 2007, p. 61).

No mesmo sentido expõe Mazzilli:

É *concorrente* e *disjuntiva* a legitimação ativa para a propositura de ações civis públicas ou coletivas em defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, pois cada um dos colegitimados pode ajuizar essas ações, quer litisconsorciando-se com outros, quer fazendo-o isoladamente. É *concorrente*, porque todos os colegitimados do art. 5º da LACP ou do art. 82 do CDC podem agir em defesa de interesses transindividuais; é *disjuntiva* porque não precisam comparecer em litisconsórcio. (Mazzilli, 2009, p. 332)

Assim sendo, tendo em vista que a legitimação ativa para a propositura de ações coletivas é concorrente e disjuntiva, Souza também conclui que “as pessoas arroladas no art. 5º da LACP podem fazê-lo isoladamente ou em litisconsórcio.” (Souza, 2008, p. 70).

Desta feita, Souza relaciona o fato de a legitimidade ser disjuntiva com a possibilidade de litisconsórcio entre os legitimados ativos à propositura de ação civil pública. Isto porque, sendo disjuntiva a legitimação, a ação poderá ser proposta por qualquer dos legitimados, mas esta iniciativa obstará outra demanda idêntica (já que configuraria litispendência), mas não impedirá a formação de litisconsórcio entre os legitimados, conforme pontua Souza:

É disjuntiva, a seu tempo, tendo em conta que, proposta a ação por qualquer dos legitimados, a iniciativa impedirá os demais de ingressar em juízo com medida de idêntico teor, pois surgiria litispendência.

Em que pese estejam impedidos de ingressar em juízo com nova demanda, que reproduza a anteriormente proposta, os demais legitimados ativos não perdem o direito de agir no caso concreto.

E, se podem agir – mas não propondo outra demanda de conteúdo idêntico –, resta-lhes o poder de ingressar na ação que já esteja em curso. (Souza, 2008, p. 65)

O litisconsórcio é expressamente previsto no artigo 5º, §2º, da Lei da Ação Civil Pública para o Poder Público e para as associações civis, mas esta permissão pode ser compreendida para todos os demais legitimados, como lembra Souza:

Reza o art. 5º, §2º, da LACP, que ao Poder Público e a outras associações legitimadas é facultada a habilitação “como litisconsortes de qualquer das partes”, envolvidas na ação civil pública.

Em que pese a literalidade da lei, a habilitação em foco é possível para todos os legitimados ativos – e não apenas para aqueles nela mencionados (v., a respeito, o art. 3º, §5º, da Lei n. 7.853/89, que trata da tutela das pessoas portadoras de deficiência). (Souza, 2008, p. 66)

Também há previsão expressa para o litisconsórcio (facultativo) entre os Ministérios Públicos (da União, do Distrito Federal e dos Estados) no §5º do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), assim como no artigo 210, §1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90).

A inovação referente ao surgimento do processo coletivo trouxe muitas controvérsias quanto à legitimação para a propositura da ação civil pública, trazendo, como consequência, a necessidade de modificação do instituto da coisa julgada³², haja vista que outros sujeitos deveriam ser atingidos pela decisão prolatada, e não somente os legitimados à demanda coletiva. Assim lembra Gonçalves:

A permissão para que determinados entes pudessem ir a juízo na defesa de interesses que não lhes pertenciam diretamente, mas a todo um grupo, classe ou categoria de pessoas, trouxe graves dificuldades relacionadas à questão da legitimidade. O processo civil tradicional conhecia apenas a ordinária e a extraordinária, e surgiu grande controvérsia quanto aos entes legitimados para a defesa dos interesses transindividuais.

Foi necessário inovar o tema da coisa julgada, que, historicamente, sempre atingiu apenas aqueles que haviam participado do processo julgado pelo mérito. Nas ações coletivas, a coisa julgada passou a estender-se *erga omnes* e *ultra partes*, atingindo não apenas aqueles que participaram da ação, mas todos os que se encontram na situação jurídica ou fática que vincula o grupo, classe ou categoria de pessoas titulares do direito coletivo. Além disso, grandes inovações foram adotadas nos processos de liquidação e execução de direitos coletivos. (Gonçalves, 2007, p. 05)

Interessante notar a lição de Grinover, que afirma tratar-se da chamada “legitimação mista” o sistema adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro na delimitação da legitimação

³² Por não ser o tema do presente trabalho, ao menos diretamente, o instituto da coisa julgada não será estudado de forma aprofundada, mas será detalhado no que se refere às ações coletivas passivas, no tópico 4.7 do Capítulo IV.

ativa nas ações coletivas. Isto porque a legitimação é atribuída não só a associações (“legitimação privada”), como também a órgãos públicos:

Chegamos às novas tendências em tema de legitimação ativa.

Aqui, a escolha é feita entre duas opções: (i) atribuir a legitimação exclusivamente à pessoa física e/ou associações, privilegiando a *legitimação privada*; ou (ii) ampliar os esquemas da legitimação, distribuída entre pessoa física e/ou associações, em conjunto com órgãos públicos (Ministério Público, *Ombudsman* ou Defensor do Povo, outros órgãos especializados): neste caso, temos a *legitimação mista* (independente e autônoma).

Atribuem a titularidade da ação coletiva exclusivamente a pessoa física e/ou a entes privados Alemanha, França, Itália, Japão e Suíça. Na França, quer no direito posto, quer nos projetos de lei, a legitimação é exclusiva de associações “agrées”. No Japão, as associações de consumidores submetem-se à aprovação prévia do Primeiro Ministro.

Todos os outros países elegem a *legitimação mista*, quer no direito vigente, quer nos projetos de lei. Em alguns desses países – como o **Brasil**, Israel e Portugal, além do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América – são atribuídos poderes a órgãos públicos para fiscalizarem o processo – quando não forem parte – e, às vezes, para assumirem a titularidade da ação em hipóteses de desistência infundada, de abandono da demanda, ou até mesmo para promoverem a execução da sentença (sobretudo quando se trata do Ministério Público ou do *Ombudsman* ou Defensor do Povo). **[grifo nosso]** (Grinover, 2011, p. 234)

Na sequência, referida autora destaca que esta espécie de legitimação (mista) apresenta muitos benefícios, na medida em que amplia o acesso à justiça, não deixando de apresentar instrumentos de controle frente a possíveis abusos, como a sanção pela litigância de má-fé³³:

A legitimação privada, que se prende ao modelo das *class actions* norte-americanas, tem como fundamento o receio de que a abertura da legitimação possa levar a abusos. A legitimação mista responde ao anseio do mais amplo acesso à justiça e ao princípio da universalidade da jurisdição: um número cada vez maior de pessoas e uma tipologia cada vez mais ampla de causas que acedem à justiça. E, para evitar os possíveis abusos, existem instrumentos adequados, como o controle de órgãos públicos (existente em vários países) e os pesados encargos para a litigância de má-fé (como no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América e no ordenamento brasileiro). (Grinover, 2011, p. 234)

Por fim, cumpre consignar que a legitimidade ativa estabelecida aos entes pela lei não afasta eventual legitimidade do titular de direitos individuais, que queira postular em juízo sua reparação particular, conforme lembra Gonçalves:

³³ Conforme se depreende da leitura dos artigos 17 e 18 da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), a seguir transcritos:

“Art. 17. Em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.”

“Art. 18. Nas ações de que trata esta Lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais”.

A legitimidade atribuída a tais entes não obsta a individual de eventuais lesados para o ajuizamento de ação própria que objetiva o ressarcimento dos danos sofridos. Por exemplo, os interesses individuais homogêneos decorrentes de danos causados por veículo vendido com defeito de fabricação, que provocou numerosos acidentes. É possível aos legitimados da Lei de Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor ajuizar ações coletivas que beneficiarão todas as vítimas. A sentença de procedência proferida na ação civil pública terá eficácia *erga omnes*. **Mas qualquer das vítimas pode ajuizar ação individual, para postular o seu direito (nunca a coletiva, buscando o ressarcimento de todas).** [grifo nosso] (Gonçalves, 2007, p. 62)

3.1.1 – DA LEGITIMAÇÃO EXTRAORDINÁRIA, ORDINÁRIA, ANÔMALA OU AUTÔNOMA PARA A CONDUÇÃO DO PROCESSO

Em relação à natureza jurídica da legitimidade ativa na ação civil pública, cumpre notar não ser pacífico o entendimento doutrinário quanto a tratar-se da hipótese de legitimação extraordinária, ordinária, “anômala” ou “autônoma para a condução do processo”.

Inicialmente, cumpre notar que “a clássica maneira de defender interesses em juízo dá-se por meio da chamada *legitimação ordinária*, ou normal, segundo a qual a própria pessoa que se diz lesada defende seu interesse.” (Mazzilli, 2009, p. 63).

Já na legitimação extraordinária, há uma autorização (dada pela lei ou decorrente do sistema jurídico) para que alguém postule em juízo, em nome próprio, um direito alheio, conforme ensina Gonçalves:

Porém, em circunstâncias excepcionais, que decorrem de lei expressa ou do sistema jurídico, admite-se que alguém vá a juízo, em nome próprio, para postular ou defender interesse alheio. Nesse caso, aquele que figura como parte não é o titular do direito alegado, e o titular não atua como sujeito processual.

Há aí um fenômeno de substituição. Substituto processual é aquele que atua como parte, postulando ou defendendo um direito que não é seu, mas do substituído. Por isso que a legitimidade extraordinária é também chamada substituição processual. Quando ela se verifica, há dissociação entre a qualidade de parte e a titularidade do direito material alegado. Com ela não se confunde o fenômeno da representação, em que alguém vai a juízo em nome próprio postular direito também próprio, mas representado por alguém. O substituto processual é parte, defendendo direito de outro; o representante não é parte. (Gonçalves, 2005, p. 90)

Este mesmo autor lembra que o artigo 6º³⁴ do Código de Processo Civil traz a possibilidade da legitimidade ser ordinária ou extraordinária, conforme explica:

³⁴ Artigo 6º do Código de Processo Civil: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.”

Estabelece o art. 6º do Código de Processo Civil que a ninguém é dado ir a juízo, em nome próprio, pleitear direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

A regra é a de que só se pode ir a juízo para postular direito próprio. Deve haver pertinência entre o direito invocado em juízo e a titularidade para defendê-lo.

O Código de Processo Civil admite que a lei possa criar exceções à regra, permitindo que, em determinadas situações, se possa ir à juízo em nome próprio para pleitear direito alheio.

Pode-se admitir, no Processo Civil, a existência do campo da normalidade, em que as pessoas vão a juízo para pleitear direitos que alegam pertencer-lhes; e o da anormalidade, em que vão a juízo em nome próprio, isto é, como partes, para postular direito alheio. No primeiro haverá **legitimidade ordinária** e no segundo, **extraordinária**. [grifo nosso] (Gonçalves, 2007, p. 57)

Feitas estas considerações preliminares, conforme explana Gonçalves, há quem entenda ser o caso de legitimação ordinária (a natureza jurídica da legitimidade ativa na ação civil pública), posto que a extraordinária somente existiria no caso de haver alguém com legitimidade ordinária para a mesma hipótese:

Para alguns doutrinadores, em razão disso, a legitimidade para o ajuizamento da ação coletiva em defesa de interesses difusos ou coletivos deve ser considerada ordinária. A extraordinária pressupõe que há alguém que teria legitimidade ordinária para propor a demanda, mas que, por força de lei, é substituído por outro. No entanto, ninguém, além das instituições previstas em lei, poderia defender esses interesses, porque estes estão pulverizados entre um grupo determinado ou indeterminado de pessoas.

A sua defesa não pertence a ninguém mais senão aos entes, que têm função institucional de promovê-la, tais como o Ministério Público, as pessoas jurídicas de direito público e as associações constituídas com essa finalidade. Tome-se como exemplo a defesa do meio ambiente. Ela não compete a nenhuma pessoa individualmente considerada, mas a certos órgãos que têm, entre suas finalidades institucionais, essa defesa. Não houve, portanto, substituição processual. A lei não transferiu a legitimidade de uma pessoa para outra. (Gonçalves, 2007, p. 59)

Na sequência, Gonçalves relembra o entendimento contrário de alguns autores, que afirmam tratar-se de hipótese de legitimação extraordinária:

Em oposição, há os que sustentam a legitimidade extraordinária, sob o argumento de que o interesse que está sendo postulado em juízo não pertence diretamente aos entes, mas ao grupo, categoria ou classe de pessoas. Só se pode falar na legitimidade ordinária quando o agente vai a juízo em nome próprio para postular direito que ele alega pertencer-lhe. Não é o que ocorre nas ações coletivas, em que os entes legitimados postulam direitos ou interesses que pertencem a um grupo de pessoas ou a toda a coletividade.

Tanto que a coisa julgada se estende *erga omnes* ou *ultra partes*, não se limitando apenas aos participantes da ação, coisa que só poderia ocorrer no campo da legitimidade extraordinária. (Gonçalves, 2007, p. 60)

Por fim, o mesmo autor ainda menciona o posicionamento doutrinário quanto a ser uma legitimidade “anômala”, tendo em vista que as subdivisões em legitimação ordinária e extraordinária somente atenderiam ao âmbito dos direitos individuais:

Há ainda uma terceira posição doutrinária: a de que as categorias tradicionais pertencem ao processo civil em que se discutem apenas interesses individuais, e não podem ser aplicadas aos interesses coletivos. Para esses, haveria uma legitimidade “anômala”. (Gonçalves, 2007, p. 60)

Nesta mesma linha de pensamento, para Nery Jr. e Nery não se deve falar em legitimidade extraordinária (quando da defesa dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito), mas sim em “legitimação autônoma para a condução do processo”, sendo a dicotomia “legitimação ordinária e extraordinária” própria dos direitos individuais. Neste diapasão, ensinam:

Interesses difusos e coletivos. O substituto processual defende direito de titular determinado. Como os titulares dos direitos difusos são indetermináveis e os dos direitos coletivos indeterminados (CDC 81 par. ún. I e II), sua defesa em juízo é realizada por meio de *legitimação autônoma para a condução do processo* (*selbständige Prozeßführungsbefugnis*), estando superada a dicotomia clássica legitimização ordinária e extraordinária (...). (Nery Jr. e Nery, 2010, p. 192)

Também para Souza a legitimidade ativa das pessoas arroladas no artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), na defesa dos interesses difusos e coletivos em sentido estrito, seria “autônoma para a condução do processo”, conforme a corrente doutrinária sustentada principalmente por Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (Cf. Souza, 2008, p. 53).

Mas os mesmos autores Souza, Nery Jr. e Nery (que sustentam a legitimidade “autônoma para a condução do processo”, para os direitos difusos e coletivos “stricto sensu”), admitem o instituto da legitimização extraordinária na defesa dos direitos individuais homogêneos, por se tratarem de direitos individuais, apenas defendidos de forma coletiva (Cf. Souza, 2008, p. 54). Assim explicam Nery Jr. e Nery:

Direitos individuais homogêneos. São direitos *individuais* que podem ser defendidos em juízo tanto individual como coletivamente (CDC 81 *caput* e par. ún. III). Assim, quando a lei legitima, por exemplo, o MP, *abstratamente*, para defender em juízo direitos individuais homogêneos (CF 127 *caput* e 129 IX; CDC 1º e 82 I), o *Parquet* age como substituto processual, porque substitui pessoas *determinadas*. Apenas por ficção jurídica os direitos individuais são qualificados de *homogêneos*, a fim de que possam, também, ser defendidos em juízo por ação coletiva. Na essência eles não perdem a sua natureza de direitos individuais, mas ficam sujeitos ao regime *especial* de legitimização do processo civil coletivo (CF 127 *caput* e 129 IX; LACP 5º; CDC 81 *caput*, par. ún. III e 82), bem como ao sistema da coisa julgada do processo coletivo (CDC 103 III). (Nery Jr. e Nery, 2010, p. 190)

Neste momento cabe destacar que, em relação à natureza jurídica da legitimidade ativa, no que se refere à defesa dos direitos individuais homogêneos, a doutrina parece mostrar-se pacífica quanto ao fato de tratar-se de legitimação extraordinária, conforme ressalta Gonçalves:

Entre os direitos coletivos *lato sensu*, apenas os individuais homogêneos se caracterizam por sua divisibilidade, sendo possível considerá-los como feixes de interesses individuais. Quanto a eles, a legitimidade atribuída aos entes para a ação coletiva só pode ser considerada extraordinária. O autor estará em nome próprio postulando em juízo direito ou interesse alheio. (Gonçalves, 2007, p. 58)

A despeito das divergências doutrinárias sobre a natureza jurídica da legitimação ativa das ações civis públicas (ou ações coletivas), conforme se depreende das citações acima, Maia entende tratar-se claramente da hipótese de “legitimidade extraordinária”, conforme explica:

Como se pode extrair da melhor doutrina, a questão da *legitimidade extraordinária* no processo coletivo não é pacífica. Entendemos, todavia, tratar-se de *legitimidade extraordinária*, na medida em que, mesmo que a parte legitimada possa vir a defender interesses próprios (institucionais), estará, necessariamente, defendendo interesses de titularidade [de] outras pessoas de forma preponderante. (Maia, 2009, p. 48)

No mesmo sentido se posiciona Gonçalves, compreendendo que a legitimidade dos entes que tutelam os interesses difusos e coletivos em sentido estrito mais se aproxima da legitimação extraordinária:

Entendemos que a legitimidade se aproxima mais da extraordinária porque não há coincidência entre a titularidade do interesse e a sua defesa em juízo.

Entre as funções institucionais dos entes, está a postulação judicial desses direitos, que pertencem a todo o grupo, categoria ou classe e encontram-se pulverizados entre um grande número de pessoas. Para facilitar o acesso à justiça é que a lei atribui a legitimidade extraordinária a tais entes. E a extensão da coisa julgada assim o demonstra. No campo da legitimidade ordinária, ela não poderia ultrapassar as partes. Nas ações civis públicas, a eficácia da coisa julgada é *erga omnes* e *ultra partes*. (Gonçalves, 2007, p. 60)

Neste diapasão, para Mazzilli, tanto na defesa dos direitos individuais homogêneos, como na tutela dos interesses difusos ou coletivos, o fenômeno processual configurará sempre o instituto da legitimação extraordinária:

Em nosso entendimento, a substituição processual nas ações civis públicas ou coletivas vai além. Ela não se dá apenas nas hipóteses de defesa de interesses individuais homogêneos. Como já antecipamos, também quando ajam na tutela

judicial de interesses coletivos, e, portanto, indivisíveis, os colegitimados à ação civil pública ou coletiva defendem interesses individuais dos integrantes do grupo lesado. Da mesma forma, quando ajam no zelo de interesses difusos, os colegitimados à ação civil pública ou coletiva, a par de também sustentarem interesses institucionais próprios (no caso das associações civis, do Ministério Público ou do próprio Estado), sem dúvida estão defendendo interesses individuais de titulares dispersos no seio da coletividade. (Mazzilli, 2009, p. 67)

Também Didier Jr. e Zaneti Jr. entendem que a substituição processual seja mais efetiva para a hipótese, no que se refere à natureza jurídica da legitimação ativa nas ações coletivas (Cf. Didier Jr. e Zaneti Jr., 2010, p. 197).

Ainda, Maia explica ser a legitimidade extraordinária conhecida como “substituição processual”, devendo ser vistas como sinônimos:

O art. 6º do CPC, em verdade, estabelece a *regra geral* da *legitimidade ordinária*, segundo a qual o titular da relação jurídica controvertida deve se identificar com a parte que figurará no processo judicial para defender aquele direito. Na *legitimidade extraordinária*, que decorre da exceção prevista na *parte final* do citado art. 6º, o litigante não é o titular do direito, mas uma pessoa que o *substituirá* na relação processual. Por isso, o fenômeno também é conhecido como *substituição processual*. (Maia, 2009, p. 49)

Cumpra obtemperar que, também para outros autores³⁵, como Dinamarco, a legitimidade extraordinária é o mesmo que substituição processual (Cf. Dinamarco, 2009, p. 317), embora alguns doutrinadores façam alguma diferenciação entre estas nomenclaturas. É o caso de Mazzilli, para quem a substituição processual é uma das formas de legitimação extraordinária:

Porque é excepcional, a legitimação extraordinária depende de expressa autorização legal (ao contrário do que ocorre com a legitimação ordinária), e poderá ocorrer: *a)* quando, em nome próprio, alguém esteja autorizado a defender direito alheio (na substituição processual); *b)* quando, numa relação jurídica que envolva vários sujeitos, a lei permite que um só dos integrantes do grupo lesado defenda o direito de todos (como nas obrigações solidárias).

A *substituição processual* é uma forma de *legitimação extraordinária*, que consiste na possibilidade de alguém, *em nome próprio*, defender em juízo *interesse alheio*. (Mazzilli, 2009, p. 64)

Por fim, é imperioso notar a diferenciação entre a legitimação extraordinária (ou substituição processual) e o instituto da representação, conforme destaca Maia:

³⁵ Barroso também entende tratar-se de sinônimos: “A substituição processual é, portanto, sinônimo de legitimação extraordinária, agindo o substituto na defesa do interesse que não lhe pertence.” (Barroso, 2009, p. 56).

Ressalte-se que o fato de na *substituição processual*, ou *legitimidade extraordinária*, haver a permissão para uma pessoa litigar no lugar de outra não confunde sua figura com a da *representação*. Na *legitimidade extraordinária*, a parte atua em nome próprio, defendendo direito alheio, enquanto, na *representação*, o titular do direito material em discussão figura no processo como parte, estando apenas *representado* em juízo por alguém que atua em seu nome (em nome do titular do direito). (Maia, 2009, p. 50)

Por esta razão, quando nos referirmos, neste trabalho, ao termo “representação”³⁶ (entre aspas), queremos lembrar que o instituto em tela não se trata realmente da representação, mas da substituição processual ou legitimação extraordinária – conforme, inclusive, encontramos esta referência a “representante adequado” ou “representação adequada” em algumas obras (Cf. Didier Jr. e Zaneti Jr., 2010, p. 414).

Por isso, não se deve confundir estes termos com a expressão “representatividade adequada” utilizada por alguns anteprojetos de Código de Processo Coletivo (que serão mais bem estudados no Capítulo VI), ao se referirem aos legitimados à demanda coletiva (como pode ser observado no artigo 2º do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, e no artigo 20 do Anteprojeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual - IBDP³⁷), trazendo alguns requisitos a serem analisados pelo juiz na aferição desta legitimidade, de forma similar ao sistema “*ope judicis*”³⁸ (como ocorre no sistema norte-americano, no qual a legitimação é avaliada no caso concreto pelo magistrado).

Ademais, conforme visto no tópico antecedente, no sistema brasileiro da ação civil pública, o conceito de “representatividade adequada” é formado pelos requisitos da “pertinência temática” e “pré-constituição”, exigidos na aferição da legitimidade ativa das associações civis, conforme disposto no artigo 5º, inciso V, alíneas “a” e “b”, da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e no artigo 82, inciso IV, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) (Cf. Mazzilli, 2009, p. 307).

Conforme explica Grinover, nesta hipótese a “representatividade adequada” será observada no cumprimento de requisitos previamente estabelecidos em lei:

³⁶ Principalmente no capítulo IV, tópico 4.2, que trata da legitimidade passiva nas ações coletivas passivas, utilizamos o termo “representante adequado”, entre aspas, para lembrar que não se trata do instituto da representação propriamente dita.

³⁷ Conforme também nota Watanabe, o critério de aferição da representatividade adequada pelo juiz é adotado pelo Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, sendo que “o Projeto Brasileiro de Processos Coletivos acolhe esse sistema somente para o caso de legitimação de pessoa física.” (Watanabe, 2011, p. 301).

³⁸ O sistema “*ope judicis*” foi mais bem explicitado no presente trabalho no tópico 4.2, que trata da legitimidade passiva nas ações coletivas passivas. Este sistema trata da “legitimidade real”, analisada no caso concreto, sendo também conhecida como “representatividade adequada” (*adequacy of representation*), como ocorre no sistema norte-americano (Cf. Maia, 2009, p. 109). Cumpre lembrar que o ordenamento jurídico brasileiro, no que se refere às ações coletivas, utiliza-se do sistema “*ope legis*”, ou seja, a legitimação ativa é de atribuição legal, deve ser aferida com base na legislação vigente, conforme destaca Grinover (Cf. Grinover, 2011, p. 37).

REPRESENTATIVIDADE ADEQUADA – Raros são os países que adotam o pré-requisito da *representatividade adequada* a ser aferida, caso a caso, pelo juiz, como acontece nas *class actions* norte-americanas. Todavia, muitos países de *civil law* atribuem à lei a fixação de pré-requisitos sem os quais vem a faltar a legitimação. De nada mais se trata senão da representatividade adequada, embora sem a utilização dessa denominação.

Assim, pode-se detectar, nos países de *civil law*, a tendência à observância da representatividade adequada, mediante critérios pré-estabelecidos em lei. (Grinover, 2011, p. 247)

3.2 – DA LEGITIMIDADE PASSIVA NA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Quanto à legitimação passiva nas ações coletivas, diferentemente do que ocorre com a legitimação ativa, não existem maiores detalhamentos relevantes a serem feitos, além dos inerentes ao polo passivo das demais ações judiciais, podendo qualquer sujeito figurar como réu de uma ação civil pública. Neste sentido afirma Souza:

Se a legitimação ativa apresenta uma série de particularidades em termos de ação civil pública, o mesmo não ocorre quanto à legitimação passiva.

Assim, qualquer pessoa física ou jurídica de direito público ou privado que seja responsável por um dano (ou por sua ameaça) a um interesse difuso ou coletivo possuirá qualidade para figurar no pólo passivo da ação. (Souza, 2008, p. 72)

Ademais, todos os sujeitos que serão atingidos pela decisão judicial no processo coletivo deverão ser devidamente citados, a fim de exercerem o contraditório, conforme lembra Gonçalves:

Todos os que tenham a sua esfera jurídica atingida deverão ser citados como réus. Isso inclui, muitas vezes, não apenas os causadores do ato lesivo, mas aqueles que tenham sido por ele beneficiados. Por exemplo, se for ajuizada ação civil pública para discutir a legalidade de um loteamento, deverão ser citados os seus responsáveis e os adquirentes que estejam ocupando a área. Se eles forem desconhecidos, ou se não for possível a identificação pessoal de todos, a citação será feita por edital. (Gonçalves, 2007, p. 73)

Ainda quanto aos réus que podem ocupar o polo passivo de uma ação civil pública, cumpre esclarecer sobre a possibilidade de uma autoridade pública ser processada nesta demanda. Como explica Mazzilli, em regra, uma autoridade não poderá ser ré em uma ação coletiva, a não ser que seja pessoalmente responsável pela lesão:

Se a ação civil pública ou coletiva tiver por objeto pedido que possa ser feito em ação popular, analogicamente deverá ser proposta contra as mesmas pessoas que seriam as legitimadas passivas para a ação popular.

Como, porém, a ação civil pública ou coletiva não tem o rito nem as regras especiais do mandado de segurança, as autoridades coatoras não integrarão o

processo coletivo, salvo se estiverem sendo *pessoalmente* responsabilizadas na ação. (Mazzilli, 2009, p. 356)

Gonçalves ressalta que apenas os “legitimados ordinários” poderão ocupar o polo passivo das ações coletivas, tendo em vista a inexistência de previsão legal quanto a eventuais legitimados passivos extraordinários:

Podem ser réus da ação civil pública todas as pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, ou quem mais tenha capacidade de ser parte, incluindo os entes despersonalizados, mas sempre como legitimados ordinários. (Gonçalves, 2007, p. 72).

A despeito deste entendimento, Gonçalves apresenta a discussão doutrinária existente acerca da necessidade de regramento da legitimidade extraordinária passiva nas ações civis públicas, a exemplo do que já ocorre no direito norte-americano:

Por essa razão, não se admite que, em ação civil pública, o réu apresente reconvenção ou ação declaratória incidental.

Discute-se, hoje em dia, sobre a conveniência de estabelecer-se, *de lege ferenda*, a possibilidade de, em circunstâncias especiais, atribuir legitimidade passiva para determinados entes responderem, em juízo, pelos interesses de toda uma classe ou categoria. Nos Estados Unidos existe essa possibilidade, como fica evidenciado pelas *defendant class actions*, em que a coisa julgada atinge não apenas a associação ré, mas todos os representados. (Gonçalves, 2007, p. 72)

Esta discussão será objeto central do presente trabalho monográfico, que será amplamente abordada no próximo capítulo, que tratará das ações coletivas passivas.

CAPÍTULO IV – DAS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS

4.1 – CONSIDERAÇÕES INICIAIS E DEFINIÇÃO DE AÇÃO COLETIVA PASSIVA

Diante de tal questionamento, qual seria a resposta correta: uma empresa privada poderia propor uma ação civil pública em face do Ministério Público, a fim de obter uma declaração de regularidade ambiental de seu projeto de instalação de indústria, evitando uma futura ação coletiva?³⁹

De antemão, tomando por base os dispositivos da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), não seria possível afirmar, categoricamente, ser uma hipótese autorizada em nosso ordenamento jurídico.

Isso porque as leis mencionadas apenas preveem a substituição processual no polo ativo da demanda, não havendo a possibilidade de o Ministério Público ser demandado representando uma coletividade de interessados (na questão hipotética acima, a tutela seria dos interesses difusos, haja vista a defesa ambiental).

Ademais, as empresas privadas não detêm legitimação ativa para a propositura de eventual ação civil pública (conforme se depreende da leitura do artigo 5º da Lei nº 7.347/85, combinado com o artigo 82 da Lei nº 8.078/90).

Esta é a visão mais legalista do assunto, como se depreende dos ensinamentos de Mazzilli:

Vimos que, em princípio, qualquer pessoa pode ser ré em ação civil pública ou coletiva. Mas, em regra, a própria coletividade lesada, transindividualmente considerada, não está legitimada passivamente para essas ações. Pelo sistema hoje vigente em nosso Direito, os legitimados do art. 5º da LACP ou do art. 82 do CDC só substituem processualmente a coletividade de lesados *no polo ativo*, o que afasta a possibilidade de aqueles legitimados figurarem como réus, mesmo em reconvenção. (Mazzilli, 2009, p. 361)

Ocorre que alguns doutrinadores brasileiros admitem a possibilidade das chamadas “ações coletivas passivas”, ou ainda, das “ações coletivas ativas reversas”, ou “inversas”, conforme veremos neste trabalho.

³⁹ Questão semelhante foi apresentada em seminário proposto em aula do curso de especialização em Direito Processual Civil, realizado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e COGEAE, no dia 20 de outubro de 2010 (aula telepresencial de pós-graduação, transmitida via satélite pelo Curso Marcato).

Em sede de legislação comparada⁴⁰, podemos observar que, conforme analisa Maia, “no direito norte-americano a ação coletiva passiva é reconhecida e tem aplicação prática (*defendant class action*)” (Maia, 2009, p. 99).

Grinover também defende a aplicação desta espécie de demanda, proposta contra uma dada coletividade, lembrando sua correspondência com a *defendant class action* do sistema norte-americano:

A ação coletiva passiva, entendida como a ação promovida não pelo grupo, mas *contra o grupo*, correspondendo à *defendant class action* do sistema norte-americano, é certamente mais rara do que a ativa, mesmo nos sistemas que a adotam. No entanto, não se pode descartar a possibilidade de o grupo figurar no polo passivo da demanda, seja esta individual ou coletiva. Aliás, nas relações de trabalho, o sindicato, com alguma frequência, é demandado nos processos da área. (Grinover, 2011, p. 236)

Didier Jr. e Zaneti Jr. explicam o que seria uma ação coletiva passiva:

Há ação coletiva passiva quando um agrupamento humano for colocado como sujeito passivo de uma relação jurídica afirmada na petição inicial. Formula-se demanda *contra* uma dada coletividade. (Didier Fr. e Zaneti Jr., 2010, p. 411)

Todavia, além deste aspecto (da coletividade colocada no polo passivo da demanda coletiva), deverá haver um legitimado extraordinário para representar referido sujeito passivo, assim como a causa terá de se revestir de interesse social, como se observa nas ações coletivas em geral. (Cf. Didier Jr. e Zaneti Jr. 2010, p. 412).

Maia, que possui uma obra específica sobre o assunto, traz uma definição bem completa de ação coletiva passiva:

Dado este pressuposto e aproveitando parte do conceito do professor Aluisio Mendes, passamos a definir a *ação coletiva passiva* no direito brasileiro como: *o direito apto a ser legítima e autonomamente exercido, de modo originário ou extraordinário, por pessoas naturais, jurídicas ou formais, em face de um ente coletivo com legitimidade extraordinária, conforme possibilidade inferida do ordenamento jurídico, a fim de exigir a prestação jurisdicional, com o objetivo de tutelar interesses ou direitos homogeneamente lesionados, ou ameaçados de lesão, independente de seu caráter individual ou coletivo.* (Maia, 2009, p. 53)

⁴⁰ Conforme explica Maia (2009, p. 32-33), os Estados Unidos da América destacam-se pela evolução das ações coletivas (“class actions”) e também das ações coletivas passivas (“defendant class actions”). Este mesmo autor detalha que as “ações contra a classe” (ações coletivas passivas), no sistema norte-americano, surgiram tendo em vista que a regra 23 do Código de Processo Civil Federal norte-americano (“Federal Rules of Civil Procedure”), que regula as ações de classe (“class actions”) na Justiça Federal americana, é uma norma simétrica, ou seja, trata homogeneamente autor e réu no processo coletivo.

Desta definição, cabe explicitar o seu final, na parte em que se destaca que os direitos a serem tutelados por meio de uma ação coletiva passiva poderão ser individuais ou coletivos – principal aspecto que diferencia a ação coletiva passiva da ação coletiva ativa. (Cf. Maia, 2009, p. 51).

Isso porque, ao contrário das ações civis públicas “tradicionais” (ações coletivas ativas), que tutelam apenas direitos transindividuais (direitos coletivos em sentido amplo, abrangendo os direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos), as ações coletivas passivas poderão defender tanto interesses individuais como coletivos, mas sempre em face de um ataque (ou ameaça de ataque) por parte de uma coletividade organizada. Assim delimita Maia:

Na tentativa de definição da *ação coletiva passiva*, cumpre salientar em primeiro lugar o que se pretende estudar, a saber: as hipóteses em que a coletividade pode figurar no pólo passivo da relação jurídica processual, por meio de um legitimado extraordinário ou *representante*. Desta assertiva deduz-se que o objeto de tal sorte de ação coletiva não se limita aos direitos transindividuais, englobando também todas as espécies de direitos ou interesses lesionados ou ameaçados de lesão pela coletividade, sendo indiferente se a natureza destes direitos será coletiva ou não. (Maia, 2009, p. 50)

E, conforme acima destacado, para Maia, esta se apresenta como a principal diferenciação entre as ações coletivas ativas e passivas, qual seja, o fato de que estas últimas nem sempre terão por objeto interesses que são defendidos tradicionalmente por aquelas:

A *ação coletiva passiva* insere-se no ordenamento jurídico, alargando o rol de direitos individuais que podem ser defendidos coletivamente. Com efeito, a ação contra a coletividade também permite a defesa de *direitos individuais homogeneamente lesionados* ou *homogeneamente ameaçados de lesão*, que nada mais são do que direitos essencialmente individuais lesionados ou ameaçados de lesão por uma coletividade organizada. Este é o principal ponto de diferenciação entre os dois tipos de ação coletiva – passiva e ativa.

Como se vê, não necessariamente serão tutelados pela *ação coletiva passiva* as modalidades de direitos habitualmente defendidos nas ações coletivas tradicionais. A *ação coletiva passiva* engloba um espectro um pouco mais abrangente, prestando-se a defender também os mencionados *direitos individuais lesionados de forma coletiva*, que são, na sua essência, a outra face dos direitos individuais homogêneos. (Maia, 2009, p. 51)

Assim, conclui Maia que a principal distinção entre as ações coletivas (ativa e passiva) residiria na forma (coletiva e homogênea) como os direitos (individuais ou coletivos) do demandante foram atingidos:

A *ação coletiva passiva* não se limita a defender apenas os *direitos individuais homogeneamente lesionados*, podendo ser utilizada para a defesa de

direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, desde que a lesão ao patrimônio jurídico a ser tutelado tenha sido engendrada de forma coletiva e homogênea.

Desta forma, o traço distintivo da *ação coletiva ativa* para a *ação coletiva passiva* não é o tipo de direito que se pretende defender, mas *a forma como os direitos são ameaçados ou lesionados*, o que é diferente. (Maia, 2009, p. 52)

Em consequência desta definição, podemos inferir a possibilidade da propositura de ações coletivas passivas “duplamente coletivas”, ou seja, nas quais os direitos coletivos em sentido amplo (difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos) também poderão ser tutelados, sendo então observadas duas coletividades, uma no polo ativo e outra no polo passivo da ação coletiva.⁴¹

4.2 – LEGITIMIDADE PASSIVA NAS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS

Conforme já mencionado, para se pensar na hipótese de uma demanda coletiva passiva, deve-se também antever um legitimado extraordinário para representar a coletividade que integra seu polo passivo. (Cf. Didier Jr. e Zaneti Jr., 2010, p. 412).

Conforme ressaltado por Maia, apesar de, no ordenamento jurídico brasileiro, não existir regra expressa que autorize a substituição processual no polo passivo das ações coletivas, deveria ser aplicada a regra geral do artigo 6º⁴² do Código de Processo Civil, que permite a legitimação extraordinária nos casos autorizados por lei:

No direito brasileiro não há determinação legal específica que autorize ou proíba a inclusão de uma coletividade no pólo passivo de uma ação judicial em lugar dos titulares das obrigações correspondentes. Por razões históricas, a hipótese não foi prevista no ordenamento jurídico pátrio. Não havendo norma específica, a questão cinge-se à interpretação do dispositivo legal que trata genericamente das hipóteses de substituição processual, ou seja, deve-se descobrir o alcance a ser dado ao art. 6º do Código de Processo Civil (CPC), que regula a possibilidade de outros, que não os titulares do direito material ou da obrigação correlata, figurarem em juízo para defesa de direitos alheios em nome próprio. (Maia, 2009, p. 68)

Desta forma, Maia afirma que se poderia admitir a “legitimação extraordinária passiva”, para que uma coletividade pudesse ser substituída no polo passivo de uma ação coletiva, com base no mencionado artigo 6º do Código de Processo Civil, desde que se interprete o vocábulo “lei” em sentido mais amplo, como “sistema legal”:

⁴¹ Esta espécie de ação coletiva passiva será mais bem explicada a seguir, no tópico 4.4 do presente capítulo.

⁴² Artigo 6º do Código de Processo Civil: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.”

Por outro lado, se o significado conferido à palavra *lei* for de *sistema legal*, abre-se a possibilidade da justificativa da *legitimidade extraordinária passiva* para a ação coletiva. Neste sentido, encontramos arrimo no entendimento do professor Arruda Alvim, que entende ser a substituição processual possível ainda que não prevista expressamente no texto legal, desde que “deflúa do sistema”. (...). (Maia, 2009, p. 70)

A este respeito, cumpre mencionar que a maioria dos processualistas brasileiros entende que o instituto da legitimação extraordinária torna-se possível não somente nos casos autorizados pela lei, mas também quando esta hipótese decorre do próprio sistema jurídico, conforme ensina Gonçalves:

Porém, em circunstâncias excepcionais, que decorrem de lei expressa ou do sistema jurídico, admite-se que alguém vá a juízo, em nome próprio, para postular ou defender interesse alheio. Nesse caso, aquele que figura como parte não é o titular do direito alegado, e o titular não atua como sujeito processual.

Há aí um fenômeno de substituição. Substituto processual é aquele que atua como parte, postulando ou defendendo um direito que não é seu, mas do substituído. Por isso que a legitimidade extraordinária é também chamada substituição processual. Quando ela se verifica, há dissociação entre a qualidade de parte e a titularidade do direito material alegado. (Gonçalves, 2005, p. 90)

Neste diapasão, Didier Jr. e Zaneti Jr. lembram que:

Barbosa Moreira foi o autor que encabeçou a tese da *substituição processual* (legitimação extraordinária) em ações coletivas, independente de expressa autorização legal, podendo ser depreendida do todo do sistema jurídico⁴³. (Didier Jr. e Zaneti Jr., 2010, p. 196)

Desta feita, para Maia, a possibilidade abstrata da ação coletiva passiva deriva da interpretação do artigo 6º do Código de Processo Civil, devendo-se admitir que a legitimação extraordinária também deflúa do sistema legal como um todo, não havendo necessidade de uma regra expressa permissiva a respeito:

Desta forma, fica patente a necessidade de se estender o alcance da regra consubstanciada no art. 6º do Código de Processo Civil para permitir a legitimidade extraordinária aos casos admitidos pela lei, assim entendida como sistema legal. (Maia, 2009, p. 74)

Entretanto, os doutrinadores mais tradicionais expurgam a possibilidade das “ações coletivas passivas”, alegando a necessidade de existir um “representante adequado” para a

⁴³ Os autores Didier Jr. e Zaneti Jr., (2010, p. 196) também citam os ensinamentos de Arruda Alvim, que preleciona no mesmo sentido: “Entretanto *pode-se admitir a substituição processual mesmo que não venha prevista expressamente no texto legal*, mas quando deflúa do sistema; (...). A palavra *lei*, no art. 6º, *deve ser entendida como sistema*, (...).”

coletividade, não previsto ainda no âmbito do polo passivo em nossa sistemática das ações coletivas, conforme explica Mazzilli:

Por que os entes estatais e as associações, legitimados à propositura da ação civil pública ou coletiva, como regra geral, não podem ser réus nessas mesmas ações? Porque a substituição processual é matéria de direito estrito, e a lei só lhes conferiu a possibilidade de exercerem a substituição processual do grupo lesado no polo ativo. Por isso é que não cabe ação civil pública ou coletiva contra o grupo lesado, nem mesmo por meio de reconvenção⁴⁴. (Mazzilli, 2009, p. 362)

Na verdade, Mazzilli aceita, apenas como exceção, algumas hipóteses em que os legitimados ativos à ação civil pública poderiam ser demandados como sujeitos passivos dessa espécie de demanda: nos embargos à execução, nos embargos de terceiros, na ação rescisória (de ação civil pública ou coletiva) e na ação de anulação de compromisso de ajustamento de conduta. Assim explica este autor:

Embora a regra seja, pois, a de que os colegitimados à ação civil pública ou coletiva só podem substituir processualmente a coletividade lesada *no polo ativo*, a verdade é que, por exceção, em algumas hipóteses o Ministério Público, as pessoas jurídicas de direito público interno, os órgãos da administração indireta, as associações civis etc. podem acabar no polo passivo da relação processual enquanto defendem o grupo lesado. Assim, tomemos, p. ex., uma execução de compromisso de ajustamento de conduta: se o executado apresentar embargos à execução, o exequente passará a figurar como embargado, ou seja, estará no polo passivo da ação de embargos, por meio da qual o executado quer desconstituir o título executivo. Um outro exemplo: quem não foi parte no processo coletivo pode sofrer turbção ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial (penhora, arresto, sequestro etc.); nesse caso, poderá ajuizar embargos de terceiro, e as partes no processo principal (de conhecimento ou de execução) serão rés na ação de embargos. Mais um último exemplo. Suponhamos tenha advindo coisa julgada *erga omnes* em ação civil pública. Nada impede que, dentro do prazo da lei, o réu proponha ação rescisória, visando a desconstituir a coisa julgada; a coletividade, então, será substituída processualmente no polo passivo da ação rescisória, pelo mesmo substituto processual que o acionara na ação anterior, ou pelo Ministério Público, parte *pro populo*, na falta daquele. (Mazzilli, 2009, p. 363)

Porém, para quem admite a existência das ações coletivas passivas, estas hipóteses são, naturalmente, admissíveis, e ainda facilitam a identificação do “representante adequado”, um dos principais problemas do processo coletivo passivo, conforme explicam Didier Jr. e Zaneti Jr. (Cf. Didier Jr. e Zaneti Jr., 2010, p. 414).

Isso porque estas seriam hipóteses de ações coletivas passivas “derivadas”, que têm seu fundamento em uma ação coletiva anteriormente proposta. Ainda nesta classificação⁴⁵,

⁴⁴ Interessante notar que Maia admite a reconvenção em ação coletiva ativa, inclusive mencionando-a como um exemplo dentre hipóteses de “ações coletivas passivas incidentes”. (Cf. Maia, 2009, p. 122) Isto também demonstra como os autores brasileiros divergem a respeito da ação coletiva passiva.

⁴⁵ Esta classificação, das ações coletivas passivas, será mais bem detalhada no tópico 4.5 do presente capítulo.

haverá as ações coletivas passivas “originais”, que não têm relação com qualquer demanda coletiva antecedente. Assim detalham Didier Jr. e Zaneti Jr.:

A ação coletiva passiva pode ser classificada em *original* ou *derivada*. Ação coletiva passiva *original* é a que dá início a um processo coletivo, sem qualquer vinculação a um processo anterior. Ação coletiva passiva *derivada* é aquela que decorre de um processo coletivo “ativo” anterior e é proposta pelo réu desse processo, como a ação de rescisão da sentença coletiva e a ação cautelar incidental a um processo coletivo. A classificação é importante, pois nas ações coletivas passivas derivadas não haverá problema na identificação do “representante adequado”, que será aquele legitimado que propôs a ação coletiva de onde ela se originou. (Didier Jr. e Zaneti Jr., 2010, p. 413)

A respeito das “ações coletivas passivas incidentes”, cumpre notar, conforme observa Maia, que “*até os defensores da tese da impossibilidade da ação coletiva passiva aceitam a sua existência quando se trata de inclusão dos entes coletivos no pólo passivo por força destas ações incidentes*” (Maia, 2009, p. 124). Neste sentido foram os ensinamentos de Mazzilli, acima expostos. (Cf. Mazzilli, 2009, p. 362).

Interessante notar que, para Didier Jr. e Zaneti Jr.: “Em tese, qualquer um dos possíveis legitimados à tutela coletiva poderá ter, também, legitimação extraordinária passiva.” (Didier Jr. e Zaneti Jr., 2010, p. 414). Mas, como escolher o legitimado passivo adequado ao caso concreto, quando, por exemplo, for demandada uma associação de defesa dos consumidores? Quais ou quantas destas espécies de associações deverão ser acionadas judicialmente, na representação dos consumidores lesados?

Para Antonio Gidi *apud* Didier Jr. e Zaneti Jr., deve-se possibilitar a todas as associações a participação no polo passivo da demanda coletiva passiva: a ação deverá ser proposta em face do maior número possível de associações, de modo que as que forem esquecidas ou porventura excluídas possam intervir como assistentes litisconsorciais. (Cf. Didier Jr. e Zaneti Jr., 2010, p. 414).

Contudo, para Mazzilli, ao imaginar uma futura alteração legislativa que possibilite a propositura de ações coletivas passivas, não haveria a possibilidade de uma associação integrar o polo passivo desta espécie de demanda, a não ser que obtivesse autorização assemblear específica:

A nosso ver, portanto, *de lege ferenda*, dever-se-ia legitimar no polo passivo alguns órgãos estatais para substituírem processualmente coletividades de pessoas, desde que no processo interviesse obrigatoriamente o Ministério Público e desde que a coisa julgada pudesse formar-se em benefício destas, não em seu prejuízo – como já ocorre no sistema dos arts. 16 da LACP e 103 do CDC. Só não cremos seja de prudência admitir, *de lege ferenda*, possam as associações civis ser legitimadas para substituir *no polo passivo* a categoria que representam, salvo se autorizadas por

deliberação de assembléia, específica para o caso, e desde que, apenas nessa situação, fosse limitada a extensão subjetiva da sentença ao grupo que expediu a autorização. (Mazzilli, 2009, p. 364)

Já para o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), não poderão representar a coletividade o Ministério Público e os órgãos públicos legitimados à ação coletiva ativa, sendo admitidas, para tanto, as entidades sindicais, conforme se observa da dicção de seu artigo 38, parágrafo único.

Alguns autores defendem que o melhor entendimento, consoante a garantia constitucional de acesso à justiça, seria relegar ao magistrado a constatação, no caso concreto, da regularidade da representação processual, amparando-se na legislação respectiva, conforme advertem Didier Jr. e Zaneti Jr.: “*A melhor solução é manter o rol dos legitimados em tese para a proteção das situações jurídicas coletivas e deixar ao órgão jurisdicional o controle in concreto da adequação da representação*”. (Didier Jr. e Zaneti Jr., 2010, p. 414).

Mas este controle da legitimidade passiva no caso concreto, para as ações coletivas passivas, assemelhar-se-ia ao sistema *ope judicis* (como ocorre no sistema norte-americano), no qual a legitimidade é avaliada no caso concreto pelo magistrado, conforme explica Maia. Mas este mesmo autor lembra que o sistema brasileiro é outro, no qual a legitimação nas ações coletivas independe deste controle subjetivo por parte do juiz:

No sistema *ope judicis*, a legitimidade aferida é *real*, pois leva em consideração inúmeros aspectos subjetivos das partes, podendo analisar inclusive, como se dá no sistema norte-americano, aspectos concernentes ao advogado que patrocina a causa. A *legitimidade real*, analisada no caso concreto, é conhecida como *representatividade adequada* (*adequacy of representation*).

No sistema brasileiro a *representatividade adequada* não é *real*, mas *presumida*, pois a *legitimidade* para figurar no processo coletivo pátrio como defensor dos interesses e direitos metaindividuais independe da avaliação subjetiva da real capacitação da pretensa parte. Quando alguma avaliação concreta se faz, abordam-se apenas aspectos objetivos ligados ao tempo de constituição ou finalidade institucional do legitimado (art. 82, IV, do CDC), ao dano em si ou à relevância do bem jurídico a ser protegido (art. 82, §1º, do CDC), mas não a aspectos pessoais e subjetivos da capacitação efetiva da pretensa parte. (Maia, 2009, p. 109)

No mesmo sentido, Grinover⁴⁶ destaca que, na sistemática brasileira das demandas coletivas, o sistema de aferição da legitimidade ativa, em princípio, é *ope legis*, ou seja, deve-se verificar a legitimação com base na legislação em vigor:

⁴⁶ Ada Pellegrini Grinover apresenta a síntese de relatórios nacionais e transnacionais do XIII Congresso Mundial da Associação Internacional de Direito Processual, realizado em 2007, em sua obra “Os processos coletivos nos países de ‘civil law’ e ‘common law’ – uma análise de direito comparado”, 2ª edição, Editora

Verifica-se, assim, que a legitimação ativa às ações coletivas é de atribuição legal, ou seja, *ope legis*, não se cogitando, a princípio, de apreciação *ope judicis*, para constatação de representatividade adequada. É possível cogitar do controle judicial da representatividade adequada em algumas situações específicas, como na questão da pertinência temática de associações e entidades públicas legitimadas. (Grinover, 2011, p. 37)

Na sequência, Maia reconhece ser tentadora esta ideia de “representatividade adequada real” (sistema *ope judicis*) para o controle da legitimidade das ações coletivas passivas, no ordenamento jurídico brasileiro, mas admite a necessidade de alteração legislativa para tanto, sob pena de se ferirem alguns princípios, como o da segurança jurídica:

Ressalve-se que não somos contrários à forma de legitimidade por averiguação *ope judicis*. (...). Defendemos, no entanto, sua implementação apenas *de lege ferenda*⁴⁷, em face das peculiaridades do nosso sistema legal, sob pena de se impor sacrifícios desproporcionais a preceitos fundamentais do direito processual brasileiro. (Maia, 2009, p. 116)

Assim, este autor defende a admissão da “representatividade adequada real”, mas desde que haja uma suficiente inovação legal, ainda mais tendo em vista que algumas propostas de Códigos de Processos Coletivos já admitem esta sistemática:

A defesa da *representatividade adequada real* para o controle da legitimidade na ação coletiva passiva é, ao que nos parece, a melhor solução a ser efetivada, *de lege ferenda*. (...).

Não é à toa que a solução da *representatividade adequada real* vem sendo estudada em sucessivos trabalhos que versam sobre propostas de Códigos Brasileiros de Processos Coletivos e no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América⁴⁸. (Maia, 2009, p. 111)

Ainda, os autores Didier Jr. e Zaneti Jr. defendem este controle da representatividade no caso concreto, tendo em vista que algumas propostas de Códigos de Processos Coletivos restringem a legitimação coletiva passiva, como o Código de Processo Civil Coletivo Modelo para Países de Direito Escrito (“Projeto Antonio Gidi”), que em seu artigo 28 limita a legitimação somente às associações (ou aos membros do grupo, no caso de inexistir associação – artigo 28.2 do referido Código). (Cf. Didier Jr. e Zaneti Jr., 2010, p. 414).

Revista dos Tribunais, 2011, São Paulo (confeccionada em coautoria com Kazuo Watanabe e Linda Mullenix), utilizada como referência no presente trabalho.

⁴⁷ A tradução literal da expressão “de lege ferenda” significa “da lei a ser criada”.

⁴⁸ Maia (2009, p. 111) cita os artigos que tratam da “representatividade adequada” nos referidos trabalhos: artigo 2º, I e §§2º e 3º, no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América; artigo 19, I e II, no anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos coordenado pela Professora Ada Pellegrini; artigo 8º, I e §§1º e 2º, no anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos coordenado pelo Professor Aluisio Mendes. Na mais recente versão do Código Brasileiro de Processos Coletivos coordenado pela Professora Ada Pellegrini, o artigo em questão é o 20, incisos I e II, conforme se observa do Anexo D do presente trabalho.

Aprofundando o assunto, Maia defende a aceitação das chamadas “associações de fato”, como réus em ações coletivas passivas, no caso de existir um ente desprovido de personalidade jurídica a ser acionado judicialmente:

Podemos concluir, então, que pela sua similitude associativa, o ordenamento jurídico brasileiro, ao prever a capacidade para a *sociedade de fato*, permite a inclusão da *associação de fato* em seu conteúdo, deixando campo para a inserção de entes desprovidos de personalidade jurídica no pólo passivo de ações judiciais, desde que se constituam com organização suficiente para causar ameaça ou lesão homogênea a direito de outrem. (Maia, 2009, p. 132)

Referido autor faz analogia à “sociedade de fato”, prevista no artigo 12, inciso VII, do Código de Processo Civil, para aceitar a figura da “associação da fato”, e também cita o artigo 82, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor, “que possibilita que entes sem personalidade jurídica figurem no processo como partes juridicamente capazes” (Maia, 2009, p. 130).

Ao mencionar o artigo 12 do Código de Processo Civil para justificar a possibilidade de entes sem personalidade jurídica figurarem no processo coletivo, Maia lembra o exemplo do condomínio, que não possui personalidade jurídica, mas possui capacidade para ser parte, sendo representado pelo administrador ou síndico, conforme expressamente dispõe o inciso IX do referido dispositivo legal. (Cf. Maia, 2009, p. 130).

Conforme justifica Maia, este raciocínio também respeitaria a garantia de acesso à justiça, haja vista que a ausência de personificação jurídica não poderia constituir, por si só, óbice à postulação judicial em face de um determinado grupo organizado. (Cf. Maia, 2009, p. 131).

A título de exemplificação destas “associações de fato”, o mesmo autor menciona o caso de uma ação possessória proposta em face de um grupo de “integrantes do movimento sem teto”, pela União Federal, na qual o fato de referido grupo não estar formalmente organizado não o impediu de figurar como réu na demanda:

No referido processo a questão demandava solução imediata, e o julgador proferiu a decisão sem entrar nos detalhes do tipo de processo e da legitimidade passiva. Analisando-se percurientemente a questão, conclui-se, no entanto, que se tratou de perfeito exemplo de processo coletivo, em que uma pluralidade de pessoas teve seus direitos individuais colocados em juízo em conjunto, havendo sido substituídos no processo por um ente coletivo autônomo. Não havendo personalidade jurídica para o citado ente, a única solução processual aceitável é a de que o grupo foi caracterizado como uma *associação de fato*. (Maia, 2009, p. 136)

Ainda, quanto à possibilidade de uma coletividade sem personalidade jurídica ocupar o polo passivo de uma demanda coletiva, cumpre mencionar que o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), em seu artigo 38⁴⁹, prevê expressamente esta hipótese, aliada à avaliação quanto à “representatividade adequada real”, conforme lembra Maia:

A proposta coordenada pela professora Ada corrige o primeiro equívoco ressaltado no Código Modelo citado anteriormente. Segundo o anteprojeto paulistano, fica conferida capacidade expressa para a coletividade organizada sem personalidade jurídica figurar em juízo, subordinando-se esta capacidade, ainda, à avaliação da representatividade adequada do grupo (também defendida no anteprojeto). Ou seja, o anteprojeto previu expressamente a capacitação das coletividades sem personalidade jurídica para figurarem no processo e submeteu sua representatividade à avaliação da adequabilidade. (Maia, 2009, p. 155)

Assim sendo, para observarmos qual seria o “representante adequado” das ações coletivas passivas, cumpre notar os exemplos desta espécie de demanda, que surgiram no foro brasileiro, trazidos por Didier Jr. e Zaneti Jr.:

- a) O Governo Federal processou a Federação Nacional dos Policiais Federais e o Sindicato dos Policiais Federais no Distrito Federal, por causa de uma greve nacional dos policiais federais no ano de 2004, requerendo a regularização das atividades policiais. O grupo de policiais federais era o sujeito passivo da demanda, representado pela Federação Nacional e por um de seus Sindicatos, configurando-se uma autêntica “ação coletiva passiva”.⁵⁰
- b) Ação coletiva passiva proposta em face do sindicato de revendedores de combustível, com pedido de adequação dos preços a limites máximos de lucro, com a finalidade de proteger os consumidores e a concorrência (Cf. Jordão Violin *apud* Didier Jr. e Zaneti Jr., 2010, p. 416).
- c) A Universidade de Brasília (Fundação Universidade de Brasília – FUB) propôs uma ação contra o Diretório Central dos Estudantes, com pretensão de obter uma proteção possessória, haja vista que seus alunos tinham invadido o prédio da Reitoria (para pedirem a renúncia do Reitor). Esta ação coletiva passiva foi proposta em face do Diretório Central dos Estudantes da Universidade de

⁴⁹ **Art. 38.** *Ações contra o grupo, categoria ou classe* – Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada, mesmo sem personalidade jurídica, desde que apresente representatividade adequada (art. 20, I, a, b e c), se trate de tutela de interesses ou direitos difusos e coletivos (art. 4º, incisos I e II) e a tutela se revista de interesse social. Parágrafo único. (...).

⁵⁰ Processo nº 2004.34.00.010685-2, processado pela 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal – a consulta pode ser feita pelo sítio do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Brasília, que é o órgão de representação estudantil da Universidade, sendo, portanto, o “representante adequado” dos estudantes.⁵¹

- d) Ação coletiva passiva declaratória intentada por uma empresa privada, para ver reconhecida a regularidade ambiental de seu projeto, e assim, não ser demandada futuramente por eventual dano ambiental. Este exemplo se enquadra no questionamento feito logo no início deste capítulo⁵², e foi retirado pelos referidos autores da obra de Pedro Dinamarco. (Cf. Didier Jr. e Zaneti Jr., 2010, p. 417).
- e) Ação coletiva passiva declaratória proposta por outra empresa privada, com a finalidade de obter a declaração de licitude das cláusulas contratuais de seus contratos de adesão. Este caso também foi colhido dos escritos do autor Pedro Dinamarco, conforme mencionado no exemplo anterior. (Cf. Didier Jr. e Zaneti Jr., 2010, p. 415-416)

Ocorre que, nos últimos dois exemplos de Pedro Dinamarco, para alguns autores, como Antonio Gidi, Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior, estas hipóteses traduziriam o que se chama de “ação coletiva ativa reversa”, e não propriamente “ações coletivas passivas”, conforme se explicará melhor no próximo capítulo. (Cf. Didier Jr. e Zaneti Jr., 2010, p. 417).

Cabe apenas mencionar que estes autores não consideram que uma “ação coletiva passiva” seja apenas uma ação civil pública “invertida”, ou seja, não admitem que o futuro demandado possa se antecipar, obtendo uma sentença declaratória de que não causará danos à coletividade. Nesta hipótese, explicam, faltaria interesse processual em propor uma demanda nestes moldes, haja vista que, se uma dada coletividade se considerar lesada em seus direitos, proporá a demanda no momento em que achar adequado. Mas esta questão, sobre as ações coletivas ativas reversas, será revisitada no capítulo V deste trabalho.

4.3 – ORIGEM DAS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS NO BRASIL

Ainda quanto aos exemplos de ações coletiva passivas, Didier Jr. e Zaneti Jr. afirmam que os litígios trabalhistas coletivos seriam os primeiros exemplos desta espécie de demanda, no direito brasileiro, tendo em vista tratar-se de ações em que seus polos são

⁵¹ Processo nº 2008.34.00.010500-5, Ação de Reintegração/Manutenção de Posse, processado pela 17ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal – consulta no sítio do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

⁵² “Diante de tal questionamento, qual seria a resposta correta: uma empresa privada poderia propor uma ação civil pública em face do Ministério Público, a fim de obter a declaração de regularidade ambiental de seu projeto de instalação de indústria, evitando uma futura ação coletiva?”

representados por sindicatos de categorias profissionais, de empregadores e dos empregados (Cf. Didier Jr. e Zaneti Jr., 2010, p. 415). Também lembram que esta é uma hipótese de “ações duplamente coletivas”, já que em seus dois polos a representação é feita por sindicatos, que representam uma coletividade. Mas os mesmos autores lembram que os dissídios coletivos não são considerados propriamente como processos coletivos, para uma parte da doutrina.

Para Maia, os dissídios coletivos também configuram a origem da ideia que hoje se tem das “ações coletivas passivas”:

A CLT foi marco importante no Direito do Trabalho e também no Direito Processual Coletivo, pois, além de possibilitar a solução de conflitos coletivos judicialmente, permitia que a coletividade figurasse no pólo passivo e se sujeitasse aos efeitos da coisa julgada. (...).

Deve-se consignar, no entanto, que, muito embora a raiz da tutela coletiva esteja fincada nos dissídios coletivos da Justiça do Trabalho, é comum o seu estudo de forma separada do sistema de tutela coletiva brasileiro, dada a peculiaridade da matéria. (...).

Os conflitos da *classe* operária no Brasil merecem destaque no presente trabalho, pois, além de inaugurarem a tutela coletiva de direitos brasileira, apresentaram as primeiras *ações coletivas passivas* pátrias. (Maia, 2009, p. 22)

Ainda em relação à origem das ações coletivas passivas, cumpre lembrar que, com o desenvolvimento da sociedade, que se tornou uma “sociedade de relações de massa”, também foi constatada a necessidade de realizar-se um “controle” da coletividade em geral, que está cada vez mais organizada e fortalecida. (Cf. Maia, 2009, p. 40).

Nesse sentido, Maia menciona a extinção de algumas torcidas organizadas, em São Paulo (“Mancha Verde”, “Tricolor Independente” e “Gaviões da Fiel”), por meio de ações judiciais propostas pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, como uma “*forma de controle jurisdicional dos membros de um grupo organizado*” (Maia, 2009, p. 41), tendo em vista seu desvio de finalidade e por terem se tornado grupos de estímulo à violência:

Ainda que o Ministério Público paulistano não se tenha valido de *ação coletiva passiva*, pois aproveitou a existência de pessoa jurídica regularmente constituída para indicá-la como ré no processo, ficou patente, pelos argumentos utilizados, a clara e evidente necessidade de se viabilizar o controle jurisdicional dos membros do grupo organizado. Consigne-se, ainda, que, muito embora apenas a associação tenha sido desfeita, os efeitos da coisa julgada repercutiram diretamente sobre os direitos individuais de livre associação dos seus membros. (Maia, 2009, p. 43)

O mesmo autor também destaca outro exemplo em que se apresentou necessário o controle de uma coletividade, mais especificamente o grupo de comerciantes da cidade de

Baturité, no Estado do Ceará: o Ministério Público deste Estado propôs uma ação civil pública⁵³ contra os comerciantes e proprietários de comércio no município (que foram acionados como uma “coletividade”), com a finalidade de que os mesmos não deixassem suas mercadorias nas calçadas (para exposição dos produtos à venda), e assim fossem resguardados os interesses da comunidade afetada por estas práticas irregulares.

Neste caso específico, Maia destaca o fato de tratar-se de uma “ação duplamente coletiva”, posto que no polo passivo estavam os comerciantes, enquanto no polo ativo se encontrava o Ministério Público, atuando como legitimado extraordinário na defesa dos interesses difusos dos munícipes de Baturité. (Cf. Maia, 2009, p. 44).

4.4 – ESPÉCIES DE AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS

Como acabamos de mencionar uma hipótese de “ação duplamente coletiva”, oportuno detalhar as duas espécies de ação coletiva passiva, conforme definição de Maia:

- a) **ação coletiva passiva “comum” ou “ordinária”**: no polo ativo serão defendidos direitos individuais, em face de uma coletividade. Exemplo: dissídio coletivo da Justiça do Trabalho, no qual uma empresa aciona judicialmente o sindicato de trabalhadores, em razão de estes realizarem um greve abusiva. Conforme explica o referido autor:

No pólo ativo da demanda se encontra a empresa (demandante individual) e no pólo passivo a coletividade de trabalhadores materializada em juízo pelo sindicato correspondente à categoria profissional (litigante coletivo). (Maia, 2009, p. 53)

- b) **ação coletiva passiva “duplamente coletiva”**: por meio da qual os direitos coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos) também poderão ser tutelados. Nessa demanda serão observadas duas coletividades, nos polos ativo e passivo da ação coletiva. Exemplo: se um grupo de trabalhadores, em greve, bloquear ruas e acessos de uma cidade, prejudicando seus cidadãos em seu direito constitucional de ir e vir, será viável a propositura de uma ação duplamente coletiva. Neste sentido, detalha Maia:

Neste caso, estamos diante da violação de um direito difuso, sanável com o ajuizamento de *ação duplamente coletiva*, que terá como autor um substituto

⁵³ Conforme Maia menciona, o caso relatado foi processado pela 2ª Vara Cível da comarca de Baturité, no Estado do Ceará, processo nº 2000.0173.3752-7/0. (Cf. Maia, 2009, p. 43)

processual para a *sociedade* e, como réu, o sindicato dos trabalhadores causadores da lesão que se pretende reparar ou evitar. (Maia, 2009, p. 54)

Feitas estas considerações, o mesmo autor conclui:

Assim, podemos falar em *ações coletivas passivas ordinárias* ou *duplamente coletivas*, de acordo com a individualidade ou coletividade, respectivamente, da parte presente em juízo no pólo ativo da demanda. (Maia, 2009, p. 54)

4.5 – CLASSIFICAÇÃO DAS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS

Já que expressamos as espécies de ação coletiva passiva, conforme os ensinamentos de Maia, cumpre também mencionar a classificação exposta por este mesmo autor:

- a) **ações coletivas passivas independentes:** não têm qualquer relação com anterior ação coletiva. Exemplo: ação de reintegração de posse proposta pelo proprietário de um imóvel em face dos invasores, que são membros do “Movimento dos Trabalhadores Sem Terra”.
- b) **ações coletivas passivas incidentes ou derivadas:** têm relação com precedentes ações coletivas ativas ou duplamente coletivas, mas são autônomas. Exemplos: ação rescisória de ação coletiva ativa; embargos do executado em execução coletiva.

Quanto às ações coletivas passivas incidentes, cumpre mencionar a discussão acerca da possibilidade de o Ministério Público figurar como réu, nestas espécies de demandas. Maia expõe diversos argumentos contra esta possibilidade (como o fato de esta instituição não possuir personalidade jurídica, não tendo legitimidade passiva para ser réu em ações judiciais), mas conclui e concorda com o entendimento praticamente pacificado nos Tribunais⁵⁴:

(...), o entendimento jurisprudencial, inclusive no Distrito Federal⁵⁵, tem permitido o julgamento de mérito de ações rescisórias em que o Ministério Público seja inserido como réu, defendendo os interesses da coletividade, por força de ter sido autor da ação coletiva originária. Tal raciocínio pode ser transportado com facilidade para as hipóteses de ações cautelares incidentais e embargos do executado e de terceiro. (Maia, 2009, p. 126)

⁵⁴ Maia também cita o entendimento de Pedro Dinamarco, quanto à possibilidade de o Ministério Público figurar no polo passivo de uma ação coletiva, mas não apenas em uma ação coletiva passiva incidente: na hipótese de uma ação civil pública com pedido de obrigação de fazer ou não fazer, a ser prestado pelo próprio Ministério Público. (Cf. Maia, 2009, p. 126).

⁵⁵ Maia menciona em sua conclusão o Distrito Federal, haja vista ter trazido em sua obra um caso paradigmático julgado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em 1998 (ARC nº 402/93, rel. Des. Vasquez Cruxên, DJU 26/10/1994), mas que, nesta hipótese, não admitiu o Ministério Público como réu em uma ação rescisória de ação civil pública. (Cf. Maia, 2009, p. 124-126).

4.6 – PROCEDIMENTO E REGRAS APLICÁVEIS ÀS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS

Entretanto, admitida a possibilidade da propositura de uma ação coletiva passiva, poder-se-ia indagar se as regras e procedimentos a serem adotados seriam os mesmos do processo coletivo em geral.

Como nossa sistemática de processo coletivo não prevê expressamente esta espécie de ação, devem ser observados os projetos de Código de Processos Coletivos (analisados no Capítulo VI deste trabalho), que admitem as ações coletivas passivas e as regulamentam. E na análise destes anteprojetos, existe determinação de que as regras das ações coletivas ativas sejam aplicadas às ações coletivas passivas, mas de forma subsidiária, ou seja, no que for compatível com essa modalidade de pretensão.

Assim sendo, o Código de Processo Civil Coletivo Modelo para Países de Direito Escrito (“Projeto Antonio Gidi”), em seu artigo 29, enuncia que às ações coletivas passivas serão aplicadas complementarmente as disposições sobre as ações coletivas ativas, desde que não haja incompatibilidade. Por fim, este dispositivo reitera que as normas das ações coletivas ativas deverão ser interpretadas com flexibilidade, adaptando-se às peculiaridades das ações coletivas passivas.

No mesmo sentido dispõem o artigo 38 do Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América (do Instituto Ibero-americano de Direito Processual), o artigo 44 do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, elaborado pela Universidade do Rio de Janeiro (UERJ) e Universidade Estácio de Sá (UNESA), e também o artigo 40 do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Este último dispositivo ainda menciona, em seu parágrafo único⁵⁶, que “*as disposições relativas a custas e honorários, previstas no artigo 16 e seus parágrafos, serão invertidas, para beneficiar o grupo, categoria ou classe que figurar no polo passivo da demanda*”, o que relembra que devem ser observadas as peculiaridades desta espécie de ação coletiva, onde a coletividade se encontra como ré.

Conforme confirmam Didier Jr. e Zaneti Jr.:

Se o autor de uma ação coletiva ativa não pode ser condenado, salvo má-fé, o que é um estímulo à tutela coletiva, o réu em uma ação coletiva passiva tem esse

⁵⁶ Vide Anexo D – parágrafo único do artigo 40 do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP).

mesmo direito, já que idêntica a razão de proteção. (Didier Jr. e Zaneti Jr., 2010, p. 420)

Estes mesmos autores resumem qual o procedimento a ser aplicado nas ações coletivas passivas, com a complementação das regras aplicáveis ao processo coletivo ativo:

As regras sobre legitimidade (principalmente o controle jurisdicional da legitimação coletiva), competência, tutela antecipada, audiência preliminar, compromisso de ajustamento de conduta, provas, julgamento antecipado do mérito, prioridade no processamento, conexão, litispendência, por exemplo, devem ser aplicadas, sem restrição. Os réus na ação coletiva passiva também não precisarão adiantar “custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas”. (Didier Jr. e Zaneti Jr., 2010, p. 419)

Por fim, cumpre mencionar a obrigatoria participação do Ministério Público, como fiscal da lei, nas ações coletivas em que não for parte, no sentido do que dispõe o artigo 92 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), o qual deverá ser aplicado às demandas coletivas passivas, conforme frisa Maia:

Ademais, nas demandas coletivas há a previsão de participação obrigatória do Ministério Público como fiscal da lei quando não for parte na demanda (art. 92 do CDC). Ainda que tal previsão de participação do Ministério Público seja específica para as ações envolvendo direitos individuais homogêneos, na *ação coletiva passiva*, pela peculiaridade e relevância social do bem jurídico envolvido e pela possibilidade de restrição de interesses e direitos da coletividade, a participação do Ministério Público deve ser obrigatória em toda e qualquer ação em que não seja parte. (Maia, 2009, p. 150)

4.7 – COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS

Superado o questionamento sobre as regras procedimentais das ações coletivas passivas, interessante tecer algumas considerações sobre a coisa julgada nestas demandas específicas.

Isso porque, conforme já destacado, nosso ordenamento jurídico não prevê o processo coletivo passivo, mas como na prática observam-se hipóteses de ações coletivas passivas (mesmo não apresentando esta nomenclatura), importante se mostra entender como se darão os efeitos da decisão. Neste sentido, afirmam Didier Jr. e Zaneti Jr.:

Parte-se da premissa de que não existe regramento expresso sobre o tema no direito brasileiro. Essa lacuna legislativa não é suficiente, porém, para que se negue a possibilidade de ajuizamento de ação coletiva passiva, que, como visto, tem “aparecido” no foro brasileiro com bastante frequência. O princípio da adequação do processo impõe que se “crie” o sistema de coisa julgada coletiva passiva. (Didier Jr. e Zaneti Jr., 2010, p. 421)

Para tanto, devemos observar os projetos de Código de Processos Coletivos, acima mencionados, como o artigo 36 do Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América (do Instituto Ibero-americano de Direito Processual), que assim dispõe: “Quando se tratar de interesses ou direitos difusos, a coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe”.

Este artigo trata da coisa julgada na hipótese de uma ação coletiva passiva ser proposta em face de uma coletividade que é titular de uma “situação jurídica passiva difusa”, conforme detalham Didier Jr. e Zaneti Jr.:

A coisa julgada em uma ação coletiva proposta contra coletividade titular de situações jurídicas coletivas difusas é *pro et contra* e *erga omnes*. Há coisa julgada qualquer que seja o resultado do proceso coletivo e a sua eficácia vincula todos os membro do grupo. Não há coisa julgada *secundum eventum probationis*, que, de acordo com uma das principais doutrinas brasileiras sobre o tema, é “inadecuada en la acción colectiva pasiva”. (Didier Jr. e Zaneti Jr., 2010, p. 421)

Na sequência, os mesmos autores apresentam um exemplo, explicando que há uma indivisibilidade na situação jurídica difusa passiva, não sendo possível que as decisões sejam diversas para os membros da coletividade, já que todos têm um mesmo dever:

Assim, por exemplo, se for proposta uma ação coletiva passiva contra uma associação de empresas de telefonia, com o objetivo de anular (por abusividade) uma cláusula do contrato de adesão de prestação desses serviços, a decisão valerá para todos os membros do grupo. O *estado de sujeição* (situação jurídica passiva correlata ao direito potestativo de anular a cláusula contratual) é difuso. A decisão vincula até mesmo aquelas empresas que não fazem parte da associação, já que a pretensão foi exercitada *contra* o grupo de empresas de telefonia, titular da situação jurídica passiva indivisível defendida em juízo por uma associação. (Didier Jr. e Zaneti Jr., 2010, p. 422)

No mesmo raciocínio, deve-se compreender a coisa julgada nos processos que envolvam direitos coletivos em sentido estrito, conforme afirmam Didier Jr. e Zaneti Jr.: “O regime da coisa julgada para os direitos coletivos *stricto sensu* é idêntico, ressaltando-se apenas o âmbito da coisa julgada que se restringe ao grupo de sujeitos (*ultra partes*)” (Didier Jr. e Zaneti Jr., 2010, p. 422).

Mas quanto ao instituto da coisa julgada nas ações coletivas passivas que envolvam direitos individuais homogêneos (ou “deveres” individuais homogêneos, conforme entendem Didier Jr. e Zaneti Jr., 2010, p. 422), cumpre observar o artigo 37 do Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América (do Instituto Ibero-americano de Direito Processual):

CAPÍTULO VI – DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA

(...)

Art. 37. *Coisa julgada passiva: interesses ou direitos individuais homogêneos* - Quando se tratar de interesses ou direitos individuais homogêneos, a coisa julgada atuará *erga omnes* no plano coletivo, mas a sentença de procedência não vinculará os membros do grupo, categoria ou classe, que poderão mover ações próprias ou defender-se no processo de execução para afastar a eficácia da decisão na sua esfera jurídica individual.

Desta feita, este anteprojeto, conforme notaram Didier Jr. e Zaneti Jr., “*pretendeu dar um tratamento igual ao da coisa julgada nas ações coletivas ativas em tutela de direitos individuais homogêneos*”. (Didier Jr. e Zaneti Jr., 2010, p. 422).

Neste mesmo sentido observou Grinover, ao analisar a “coisa julgada passiva” no referido Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América: “*Mutatis mutandis, é o mesmo tratamento da coisa julgada secundum eventum litis para os interesses ou direitos individuais homogêneos, quando a classe litiga no polo ativo*”. (Grinover, 2011, p. 35).

Mas este tratamento dado à coisa julgada nas ações coletivas passivas propostas contra “deveres individuais homogêneos”, que se assemelha aos efeitos das decisões proferidas em sede de ações coletivas ativas (que tutelam “interesses individuais homogêneos”), parece não funcionar no que se refere ao processo coletivo passivo.

Isso porque, na segunda parte do “caput” do artigo 37 acima mencionado, excepciona-se a regra na hipótese de procedência do pedido, quando então a decisão “*não vinculará os membros do grupo, categoria ou classe, que poderão mover ações próprias ou defender-se no processo de execução para afastar a eficácia da decisão na sua esfera jurídica individual*”.

Desta forma, as ações coletivas passivas intentadas contra “deveres individuais homogêneos” não apresentarão utilidade prática, no sentido de que ninguém irá propor uma demanda judicial, já sabendo que, no caso de obter êxito, dificilmente conseguirá executar sua sentença. Assim explicam Didier Jr. e Zaneti Jr.:

Se a sentença acolher o pedido, porém, essa decisão *não* vinculará os membros da coletividade, os titulares de situações jurídicas subjetivas poderão afastar os efeitos da decisão em sua esfera individual, por ação própria ou incidentalmente na execução. Há, aqui, uma “não-extensão” da coisa julgada coletiva *secundum eventum litis*: não se transporta a coisa julgada coletiva para o plano individual, se ela for desfavorável aos interesses dos membros do grupo. (Didier Jr. e Zaneti Jr., 2010, p. 423)

Esta crítica ao artigo 37 do Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América estende-se ao seu parágrafo único⁵⁷, posteriormente incluído no projeto, que afirma existirem efeitos *erga omnes* e vinculantes a todos os membros de sindicatos (quando ocuparem o polo passivo de uma ação coletiva passiva), mesmo no caso de procedência da demanda. Esta modificação deve ter levado em conta o fato de não existir utilidade em um litígio sindical procedente, se a coisa julgada não obrigar os sindicalizados. (Cf. Didier Jr. e Zaneti Jr., 2010, p. 424).

Por fim, cumpre mencionar que o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), em seu artigo 39, e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, elaborado pela Universidade do Rio de Janeiro (UERJ) e Universidade Estácio de Sá (UNESA), em seu artigo 43, de forma muito semelhante tratam da “coisa julgada passiva”, determinando seus efeitos *erga omnes* e vinculantes a todos os membros do grupo, categoria ou classe - mas ambos projetos não tratam de regra específica para as ações que envolvam direitos individuais homogêneos.

Contudo, conforme denota Maia, o anteprojeto formulados pelas Universidades do Rio de Janeiro traz uma sistemática ainda mais rigorosa, em seu artigo 43, não trazendo exceções à oponibilidade da coisa julgada, que vinculará os membros da coletividade com efeitos *erga omnes*:

Quanto à formação da coisa julgada, a proposta apresentada é mais rigorosa ainda do que a dos projetos ibero-americano e paulistano, admitindo-se a sua formação independente da (in)suficiência da prova produzida ou do resultado da demanda, guardando correspondência maior com o sistema norte-americano, no sentido de que, uma vez reconhecida a representatividade adequada ao legitimado, a decisão deve-lhe ser oponível, sem exceções, com a autoridade da coisa julgada. (Maia, 2009, p. 157)

Isso porque o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), em seu artigo 39, traz uma ressalva aos efeitos da coisa julgada na ação coletiva passiva, dizendo dever aplicar-se, de forma inversa, o disposto no artigo 12 do mesmo projeto, o que acabará por restringir os efeitos da decisão, conforme explica pormenorizadamente Maia:

O *caput* do art. 12 citado aduz que na *ação coletiva ativa*, se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, qualquer legitimado poderá intentar a mesma ação valendo-se de nova prova. Na *ação coletiva passiva*, então,

⁵⁷ Art. 37, parágrafo único: “Quando a ação coletiva passiva for promovida contra o sindicato, como substituto processual da categoria, a coisa julgada terá eficácia *erga omnes*, vinculando individualmente todos os membros, mesmo em caso de procedência do pedido”.

ficaria da seguinte maneira: se o pedido for julgado procedente, não pela prova produzida, mas pela aplicação da teoria do ônus da prova, a ação pode ser renovada, valendo-se de nova prova. Ou seja, segundo o anteprojeto, para que se forme a coisa julgada na *ação coletiva passiva* o ônus da prova deve ser integralmente suportado pelo autor da demanda. Esta proposta é similar à defendida no presente trabalho. (Maia, 2009, p. 156)

Ainda, conforme analisa o autor a respeito dos diversos tratamentos quanto à coisa julgada (nas ações coletivas passivas) nos anteprojetos estudados:

O Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América prevê expressamente a possibilidade de propositura de qualquer espécie de ação contra uma coletividade organizada, desde que o bem jurídico seja transindividual e se revista de interesse social; todavia, é restrito ao dispor sobre a formação da coisa julgada.

Os anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos vão além, ampliando os efeitos da coisa julgada, concedendo maior força a este gênero de ação coletiva, com o escopo de sepultar de vez as dúvidas acerca da sua viabilidade. (Maia, 2009, p. 02)

Maia reforça esta diferença de tratativa quanto à coisa julgada, nos diversos anteprojetos de processo coletivo, dizendo que o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América mitigou os efeitos da coisa julgada quando se trata de interesses individuais homogêneos:

O Código Modelo para Ibero-América adotou a tese da mitigação dos efeitos da coisa julgada em sede de direitos individuais homogêneos em face do grupo, o que não foi seguido pelos posteriores anteprojetos brasileiros, muito embora tenham sido elaborados e estudados por comissões de juristas que também participaram do projeto ibero-americano. (Maia, 2009, p. 154)

Este mesmo autor estuda a coisa julgada nas ações coletivas passivas “comum ou ordinária” separadamente da coisa julgada nas “ações passivas duplamente coletivas” (Cf. Maia, 2009, p. 141), conforme distinguimos estas espécies no item 4.4 deste capítulo.

Isso porque, na “ação duplamente coletiva”, estarão em polos opostos duas coletividades, representativas de direitos transindividuais, de forma que a natureza específica de cada direito deverá ser levada em conta na aferição da coisa julgada, conforme entende Maia: “*Se os direitos forem de igual natureza, isto é, essencialmente coletivos versus essencialmente coletivos; ou individuais homogêneos versus individuais homogêneos, não há falar em restrições à formação da coisa julgada*”. (Maia, 2009, p. 147).

Desta feita, Maia conclui que, na hipótese de existirem direitos de naturezas diversas, nos polos opostos de uma ação coletiva passiva, deverá ser respeitado o princípio da proporcionalidade, a fim de decidir-se quanto à prevalência de um dos polos da demanda:

No entanto, se se enfrentarem direitos de natureza distinta, neste caso prevalecerá a regra do de natureza mais abstrata. É dizer, a regra de formação da coisa julgada dos direitos difusos precede à dos direitos coletivos em sentido estrito que, por sua vez, precede à dos direitos individuais homogêneos. Este é o modo de se equilibrar proporcionalmente o peso dos direitos em debate, mantendo-se a harmonia do sistema. (Maia, 2009, p. 147)

Ainda, Maia apresenta uma proposta de “inversão do sistema de formação da coisa julgada” da ação coletiva ativa, para explicar os efeitos das decisões nas ações coletivas passivas. Assim, por exemplo, nas ações coletivas passivas (em que o réu defende direitos difusos ou coletivos em sentido estrito) a decisão de procedência só fará coisa julgada se a decisão basear-se em provas suficientes dos autos, exatamente de forma contrária ao raciocínio dos incisos I e II do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), que tratam da coisa julgada na ação coletiva ativa. (Cf. Maia, 2009, p. 142).

Mas o mesmo autor explica que, na hipótese de direitos individuais homogêneos, esta proposta de “inversão do sistema de formação da coisa julgada” deve ser analisada com reservas:

A proposta de inversão do sistema de configuração da coisa julgada se enquadra com maior facilidade quando o réu defende direitos essencialmente coletivos (difusos ou coletivos em sentido estrito), mas merece adaptação quando o réu está em postura de defesa de direitos individuais homogêneos, conforme divisão exposta a seguir. (Maia, 2009, p. 142)

Isso porque, conforme lembra Maia, no sistema arquitetado para as ações coletivas ativas, não haverá a formação de coisa julgada no caso de a sentença ser contrária aos interesses individuais homogêneos, conforme dispõe o artigo 103, inciso III⁵⁸, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90). (Cf. Maia, 2009, p. 143).

Assim, ao inverter-se este sistema, adaptando-o ao sistema das ações coletivas passivas, também não haveria a formação de coisa julgada contrariamente à coletividade titular de direitos individuais homogêneos, o que afrontaria o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional, como conclui Maia:

⁵⁸ Artigo 103, inciso III, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor): “Nas ações coletivas de que trata este Código, a sentença fará coisa julgada: (...) III – *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81”.

Ainda que se pretenda manter coerência com o sistema da coisa julgada na *ação coletiva ativa*, a solução proposta não se encaixa na hipótese da *ação coletiva passiva*, pois a interpretação da lei encontra limites no espírito da Constituição Federal, que defende a *inafastabilidade do controle jurisdicional*. Não se pode deixar de observar que não há diferença jurídica entre impedir o controle jurisdicional e permitir o andamento de uma ação que poderá ser rediscutida *ad eternum*. Desta maneira, proibir a formação da coisa julgada contrária aos interesses da coletividade nas *ações coletivas passivas ordinárias* que versem sobre direitos individuais homogêneos significa afastar a própria tutela jurisdicional. (Maia, 2009, p. 143)

Desta forma, referido autor defende que a coisa julgada material dever-se-ia configurar, mesmo no caso de sentença contrária aos interesses da coletividade, no caso de uma ação coletiva passiva que envolva interesses individuais homogêneos defendidos no polo passivo (Cf. Maia, 2009, p. 145). Ademais, se uma lesão foi provocada por uma coletividade, sendo esta representativa de direitos individuais homogêneos, não seria justo dificultar sua contenção ou reparação, de forma coletiva. (Cf. Maia, 2009, p. 146).

Ainda, cumpre mencionar a proposta de Maia, o qual entende útil a criação legislativa que possibilitasse o “caráter dúplice” da ação coletiva, o que permitiria a formulação de pedidos na própria defesa do réu, e possibilitaria a eficácia da sentença coletiva independentemente do resultado obtido. Como afirma referido autor:

Tal fato estimularia deveras a atuação processual do grupo e o interesse em debater o mérito da questão, ainda que em *ação coletiva passiva*, pois permitiria o resultado prático equivalente de uma *ação coletiva ativa*. (Maia, 2009, p. 149)

CAPÍTULO V – DAS AÇÕES COLETIVAS ATIVAS REVERSAS

Conforme a discussão iniciada no capítulo anterior, os exemplos de ações coletivas passivas, dados por alguns autores, como Pedro Dinamarco, são repudiados por outros autores (como Antonio Gidi, Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior), que enxergam nas referidas hipóteses casos de “ações coletivas ativas reversas” (Didier Jr. e Zaneti Jr., 2010, p. 417).

Apenas para rememorar, vamos expor novamente os exemplos⁵⁹ de ações coletivas passivas mencionados por Didier Jr. e Zaneti Jr. (Cf. Didier Jr. e Zaneti Jr., 2010, p. 417):

- a) Ação coletiva passiva declaratória intentada por uma empresa privada, para ver reconhecida a regularidade ambiental de seu projeto, e assim, não ser demandada futuramente por eventual dano ambiental.
- b) Ação coletiva passiva declaratória proposta por outra empresa privada, com a finalidade de obter a declaração de licitude das cláusulas contratuais de seus contratos de adesão.

Como mencionado, estes autores (Antonio Gidi, Fredie Didier Júnior e Hermes Zaneti Júnior) não consideram que uma “ação coletiva passiva” seja apenas uma ação coletiva “invertida”.

Assim, não haveria como um potencial demandado pudesse se antecipar, obtendo uma sentença declaratória de que não causará danos à coletividade, por fornecer produtos ou serviços adequados, por exemplo. Nesta hipótese, explicam, faltaria interesse processual, pela inexistência de danos, e ainda, se uma coletividade for lesada em seus direitos difusos e coletivos, poderá propor uma ação civil pública quando entender cabível.

Os autores Didier Jr. e Zaneti Jr. explicam por qual motivo estes exemplos de Dinamarco não seriam típicas ações coletivas passivas, mas sim “ações coletivas ativas reversas”: nelas não se buscava uma declaração de uma “situação jurídica passiva” (como ocorre nas ações coletivas passivas), mas pretendia-se uma declaração de que “não existia uma situação jurídica coletiva ativa”, ou seja, buscava-se um provimento jurisdicional que atestasse a inexistência de um direito (difuso, no caso de dano ambiental), por não haver poluição ambiental (no primeiro exemplo). (Cf. Didier Jr. e Zaneti Jr., 2010, p. 417).

Ou seja, no entendimento de Didier Jr. e Zaneti Jr., para que exista uma ação coletiva passiva, deve haver uma “situação jurídica coletiva passiva”, assim como ocorreu na hipótese

⁵⁹ Estes exemplos foram mencionados por Didier Jr. e Zaneti Jr. como sendo de Pedro Dinamarco.

da Universidade de Brasília, que propôs uma ação possessória contra o Diretório Central dos Estudantes, por terem seus alunos invadido o prédio da Reitoria⁶⁰. Neste caso, os invasores teriam “deveres individuais homogêneos”, já que o ato ilícito praticado por cada um (a invasão da Reitoria) teria uma origem comum. Neste caso, há uma “coletividade de autores de ato ilícito”. (Cf. Didier Jr. e Zaneti Jr., 2010, p. 416-418).

Para a identificação do que seria uma “situação jurídica coletiva passiva”, pressuposto de uma ação coletiva passiva, outro exemplo é lembrado pelos mesmos autores: o processo intentado pela União Federal, em face da Federação Nacional dos Policiais Federais e do Sindicato dos Policiais Federais no Distrito Federal, em que se pleiteava o fim da greve nacional realizada por policiais federais⁶¹. Também neste caso alegou-se que a categoria de policiais tinha o “dever coletivo” de retornar às atividades policiais (Cf. Didier Jr. e Zaneti Jr., 2010, p. 416).

Assim sendo, nos exemplos de Dinamarco, buscavam-se declarações de que não haveria fundamento para a propositura de futuras ações civis públicas, ou seja, para Didier Jr. e Zaneti Jr., seriam casos de “ações coletivas ativas reversas”, pois pleiteava-se a declaração de “inexistência de direitos difusos ou coletivos”. (Cf. Didier Jr. e Zaneti Jr., 2010, p. 417).

De qualquer forma, esta discussão ainda existe entre os doutrinadores, e o que é uma “ação coletiva ativa reversa” para alguns é exemplo típico de “ação coletiva passiva” para outros, como Dinamarco... Talvez a futura regulamentação desta espécie de ação coletiva possa esclarecer estas divergências doutrinárias, algum dia.

⁶⁰ Exemplo de ação coletiva passiva, citado no Capítulo IV deste trabalho.

⁶¹ Outro exemplo de ação coletiva passiva, mencionado no Capítulo IV desta monografia.

CAPÍTULO VI – PROJETOS DE CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COLETIVO E O PROJETO DE LEI nº 5.139 DE 2009

Antes de iniciarmos a incursão sobre os alguns projetos existentes sobre Códigos de Processos Coletivos, cumpre notar que, em 29 de abril 2009, foi apresentado à apreciação do Congresso Nacional, pelo Poder Executivo, o Projeto de Lei nº 5.139 de 2009, que pretendia disciplinar a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, com a proposta de atualizar a sistemática das ações coletivas no Brasil.

Ocorre que, em 17 de março de 2010, este projeto de “Nova Lei da Ação Civil Pública” foi rejeitado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, da Câmara dos Deputados, por 17 votos a 14⁶², o que levou ao seu arquivamento, a despeito da existência de diversos segmentos que ainda entendem ser necessária uma nova discussão a respeito de uma nova lei, tendo em vista que a atual lei da ação civil pública (Lei nº 7.347) data do dano de 1985.

Neste sentido também entende Grinover⁶³, lembrando que, após mais de 20 anos de promulgação da Lei da Ação Civil Pública, surgem dúvidas originadas da prática processual, destacando-se a indagação acerca da possibilidade ou não das ações coletivas passivas:

E ainda: a aplicação prática das normas brasileiras sobre processos coletivos (ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo) tem apontado para dificuldades práticas decorrentes da atual legislação: assim, por exemplo, dúvidas surgem quanto à natureza da competência territorial (absoluta ou relativa), sobre a litispendência (quando é diverso o legitimado ativo), a conexão (que, rigidamente interpretada, leva à proliferação de ações coletivas e à multiplicação de decisões contraditórias), a possibilidade de se repetir a demanda em face de prova superveniente **e a de se intentar ação em que o grupo, categoria ou classe figure no polo passivo da demanda. [grifo nosso].** (Grinover, 2011, p. 213)

Cumpre notar que, apesar de pretender inovar e sistematizar as disposições legais sobre ação coletiva, este projeto de lei (nº 5.139/09) nada falava acerca da possibilidade das chamadas “ações coletivas passivas”, ou seja, sobre a possibilidade da legitimação passiva extraordinária nas demandas coletivas, que neste trabalho se discute.

⁶² Conforme artigo “Projeto que trata da Ação Civil Pública é rejeitado pela CCJ da Câmara” (extraído de: Associação do Ministério Público do Rio de Janeiro, de 18 de Março de 2010), publicado no site “JusBrasil Notícias” (Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2137756/projeto-que-trata-da-acao-civil-publica-e-rejeitado-pela-ccj-da-camara>>. Acesso em 23 de abril de 2011).

⁶³ Ada Pellegrini Grinover apresenta a síntese de relatórios nacionais e transnacionais do XIII Congresso Mundial da Associação Internacional de Direito Processual, realizado em 2007, em sua obra “Os processos coletivos nos países de ‘civil law’ e ‘common law’ – uma análise de direito comparado”, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2011, São Paulo (confeccionada em coautoria com Kazuo Watanabe e Linda Mullenix), utilizada como referência no presente trabalho.

Este foi um dos “retrocessos” do Projeto de Lei nº 5.139 de 2009, apontados na síntese de relatórios nacionais e transnacionais do XIII Congresso Mundial da Associação Internacional de Direito Processual, realizado em 2007, e mencionado por Grinover:

C- Retrocessos em relação ao Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos:

1. **Não se disciplina a ação coletiva passiva, embora esta já exista na praxis judiciária;**
2. Não se prevê a legitimação ativa da pessoa física, com o controle da “representatividade adequada”;
3. Não se cogita de gratificação financeira às associações que tenham conduzido a demanda de maneira a alcançar benefícios sociais;
4. Retira-se a natureza jurídica de transação do acordo resultante do Termo de Ajustamento de Conduta firmado administrativamente com os órgãos públicos legitimados, o que gera insegurança jurídica. **[grifo nosso]**. (Grinover, 2011, p. 218)

Dentre as diversas inovações de referido Projeto de Lei (nº 5.139 de 2009), estava o aumento do rol de legitimados (mas apenas no polo ativo da demanda), que incluía, por exemplo, a Ordem dos Advogados do Brasil e os Partidos Políticos com representação no Poder Legislativo (artigo 6º do referido projeto de lei) como possíveis autores da ação civil pública.

O próprio projeto de lei rejeitado mencionava, em sua Exposição de Motivos, os anteprojeto de Código de Processos Coletivos, que neste capítulo iremos mencionar, como exemplos da necessidade de aperfeiçoamento e modernização da tutela coletiva brasileira.

Mas conforme detalha Grinover, as normas do projeto de lei, originadas dos estudos antecedentes (sobre os sucessivos anteprojeto de Código de Processo Coletivo), foram deturpadas por diversas emendas parlamentares, o que culminou na rejeição do projeto:

No início de 2009, o Ministério da Justiça do Governo Lula retomou o Anteprojeto, nomeando comissão de que participaram Ada Pellegrini Grinover e outros membros do Instituto Brasileiro de Direito Processual, além de representantes das diversas categorias jurídicas. Decidiu-se trabalhar num projeto de Lei – e não de Código – e se chegou a uma solução de consenso, que em grande parte reproduz as regras do Anteprojeto de Código, em outros pontos o aperfeiçoa, mas em outras não é tão avançada como este. (...)

O Anteprojeto de Lei, formulado pela Comissão, passou pela revisão da Casa Civil do Governo, onde diversas regras foram alteradas para atender a interesses da administração pública, deturpando o espírito geral do Anteprojeto. O Presidente da República encaminhou o Projeto de Lei, assim deturpado, à Câmara dos Deputados, onde tomou o n. 5.139/2009.

Na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, o Relator do Projeto, Deputado Antonio Carlos Biscaia, do partido do Governo, apresentou um Substitutivo, reconduzindo o Projeto ao leito da proposta da Comissão do Ministério da Justiça. Cem emendas foram apresentadas pelos Deputados.

(...) A batalha redundou na rejeição do projeto na Comissão de Constituição e Justiça, mas houve recurso do relator e de outros deputados, acompanhado de pedido dos membros da Comissão elaboradora do Anteprojeto, para que a matéria fosse

reapreciada pelo plenário. Mas certamente o Projeto de Lei vai ser reapresentado pelo governo na próxima legislatura. (Grinover, 2011, p. 216-219)

Maia também destaca estas propostas de Códigos (de Processo Coletivo), como provas da necessidade de regulamentação acerca das ações coletivas passivas:

A necessidade da **tutela coletiva passiva** destaca-se na proposta de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual e, especialmente, nos recentes anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos, elaborados e estudados, entre outros, pelos professores Ada Pellegrini Grinover, na Universidade de São Paulo (USP), e Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, nas Universidades do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Estácio de Sá (UNESA). **[grifo nosso]**. (Maia, 2009, p. 02)

A importância desses anteprojetos é muito evidente, pois colaboram na construção doutrinária de soluções que a legislação atual não contempla, o que os autores Didier Jr. e Zaneti Jr. explicam pormenorizadamente em sua obra, cabendo aqui enunciá-los: Código de Processo Civil Coletivo Modelo para Países de Direito Escrito (“Projeto Antonio Gidi”); Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América (do Instituto Ibero-americano de Direito Processual); Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), sob coordenação da Professora Ada Pellegrini Grinover; e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, elaborado em conjunto pela Universidade do Rio de Janeiro (UERJ) e Universidade Estácio de Sá (UNESA), sob a coordenação do Professor e Juiz Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. (Cf. Didier Jr. e Zaneti Jr., 2010, p. 61).

Estes quatro projetos estão bem destacados na obra de Didier Jr. e Zaneti Jr., e estes autores ainda explicam a correlação existente entre todos eles: o Anteprojeto do Instituto Ibero-americano de Direito Processual (elaborado por Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi, e posteriormente revisto por outros juristas) assimilou muitos pontos do “Projeto Antonio Gidi”; e o Anteprojeto elaborado pela UERJ e UNESA, sob a coordenação de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, foi proposto com base nas discussões acerca do primeiro projeto criado por Ada Pellegrini Grinover (Cf. Didier Jr. e Zaneti Jr., 2010, p. 61-62). Isto porque, Aluisio G. de Castro Mendes também integrou a Comissão Revisora do Anteprojeto que posteriormente transformou-se no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, conforme evidencia Grinover (Cf. Grinover, 2011, p. 29-30).

Assim sendo, apesar de serem textos criados em separado, e por institutos brasileiros diversos, os projetos referidos muito se assemelham, e na verdade são recriados a partir dos escritos anteriores, muitas vezes havendo coincidência entre seus idealizadores, como é o caso

da Professora Ada Pellegrini Grinover, que participou da elaboração inicial do Anteprojeto do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, foi a coordenadora do Anteprojeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e seus textos serviram de base para a confecção do Anteprojeto elaborado pela UERJ e UNESA.

Maia ainda explica que, a partir do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, formulado em 28 de setembro de 2004⁶⁴, foram confeccionados os demais anteprojetos brasileiros, o que evidencia o progressivo estudo acerca do assunto:

Aproveitando o texto do pioneiro Código Modelo, foram elaborados dois anteprojetos brasileiros de Código de Processos Coletivos, um proveniente de estudos na Universidade de São Paulo (USP), coordenado pela professora Ada Pellegrini Grinover e o outro em estudos em parceria, nas Universidades do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Estácio de Sá (UNESA), coordenado pelo professor Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. (Maia, 2009, p. 154)

Grinover também detalha a cronologia dos estudos, feitos com base no “Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América”, afirmando que suas conclusões foram enviadas à apreciação do Governo Federal, como Anteprojeto⁶⁵:

O Código Modelo foi profundamente analisado e debatido no Brasil, no final de 2003, ao ensejo do encerramento do curso de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, por professores e pós-graduandos da disciplina “Processos Coletivos”, ministrada em dois semestres por Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, para verificar como e onde suas normas poderiam ser incorporadas, com vantagem, pela legislação brasileira. E daí surgiu a ideia da elaboração de um Código Brasileiro de Processos Coletivos, que aperfeiçoasse o sistema, sem desfigurá-lo. (...) Nasceu assim a primeira versão do Anteprojeto, trabalhado também pelos mestrandos, doutorandos e professores da disciplina, durante o ano de 2005. O Instituto Brasileiro de Direito Processual, por intermédio de seus membros, ofereceu diversas sugestões. No segundo semestre de 2005, o texto foi analisado por grupos de mestrandos da UERJ e da Universidade Estácio de Sá, sob a orientação de Aluísio de Castro Mendes, daí surgindo mais sugestões. O IDEC também foi ouvido e aportou sua contribuição ao aperfeiçoamento do Anteprojeto. Colaboraram na redação final do Anteprojeto juizes das Varas especializadas já existentes no país. Foram ouvidos membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e de diversos Estados, que trouxeram importantes contribuições. Enfim, o trabalho foi submetido a ampla consulta pública e apresentado, como Anteprojeto, pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, à apreciação do então Ministro da Justiça, Márcio Tomás Bastos, no final de 2002. (Grinover, 2011, p. 215)

⁶⁴ Na síntese de relatórios nacionais e transnacionais do XIII Congresso Mundial da Associação Internacional de Direito Processual, realizado em 2007, em Salvador (Bahia), detalha-se que o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América foi aprovado nas Jornadas do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, na Venezuela, em outubro de 2004 (Cf. Grinover, 2011, p. 215).

⁶⁵ Anteprojeto que, no início de 2009, seria retomado pelo Ministério da Justiça do Governo Lula, que nomeou uma comissão formada por juristas – como Ada Pellegrini Grinover e outros membros do Instituto Brasileiro de Direito Processual –, que trabalharam no projeto de Lei (nº 5.139/09), posteriormente rejeitado na Comissão de Constituição e Justiça (Cf. Grinover, 2011, p. 216-217).

Isso porque o referido Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América foi elaborado para servir como um modelo a ser considerado quando da confecção legislativa sobre processo coletivo, conforme lembra Grinover:

Ou seja, de um Código que pudesse servir não só como repositório de princípios, mas também como modelo concreto para inspirar as reformas, de modo a tornar mais homogênea a defesa dos interesses e direitos transindividuais em países de cultura jurídica comum. O Código – como sua própria denominação diz – deve ser apenas um modelo, a ser adaptado às peculiaridades locais, que serão levadas em consideração na atividade legislativa de cada país; mas deve ser, ao mesmo tempo, um modelo plenamente operativo. (Grinover, 2011, p. 29)

Assim sendo, Maia evidencia a importância dos referidos projetos, apesar de seus dispositivos ainda não estarem definitivamente inseridos no nosso ordenamento jurídico:

Apesar das críticas apresentadas, é imperioso reconhecer que o esforço de debate sobre o tema resultou na formulação de anteprojetos que resolvem importantes aspectos polêmicos do processo coletivo. É certo, igualmente, que, por se tratarem de propostas, não são, nem têm a pretensão de ser, definitivas. (Maia, 2009, p. 157)

Enfim, feitas estas considerações iniciais, que situaram as circunstâncias de criação dos anteprojetos que iremos mencionar, cumpre observar que nos quatro projetos há referência à “Ação Coletiva Passiva”, inclusive em capítulos ou títulos destacados, o que evidencia a importância deste instituto no processo coletivo.

Nesse sentido, mencionam Didier Jr. e Zaneti Jr.:

Da simples leitura do quadro, é possível aferir que: (...) b.3) capítulo ou título específico para as **ações coletivas passivas**, importante novidade em relação ao sistema atual, principalmente frente a harmonia entre os projetos; (...). **[grifo nosso]**. (Didier Jr. e Zaneti Jr., 2010, p. 64)

Na sequência, os mesmos autores destacam uma peculiaridade destes projetos, qual seja, a expressa possibilidade de uma interpretação mais flexível, no que se refere às normas do processo coletivo, tendo em vista as características dos direitos que tutelam:

Gidi também propôs, em seu Código Modelo, uma norma de abertura que determina: “Artigo 30. Interpretação flexível. Este Código será interpretado de forma criativa, aberta e flexível, evitando-se aplicações extremamente técnicas, incompatíveis com a tutela coletiva dos direitos transindividuais e individuais”. Correta, também, embora mais modesta, a inclusão da norma de abertura interpretativa nas disposições finais: “Este Código será interpretado de forma

aberta e flexível, compatível com a tutela coletiva dos direitos e interesses de que trata” (art. 50⁶⁶ do CBPC-IBDP⁶⁷). (Didier Jr.; Zaneti Jr., 2010, p. 67)

Ainda, os autores esclarecem que disposições similares são também encontradas no Anteprojeto do Instituto Ibero-americano de Direito Processual (artigo 39), e no Anteprojeto elaborado pela UERJ e UNESA (artigo 55). (Cf. Didier Jr. e Zaneti Jr., 2010, p. 67).

Esta é mais uma evidência de que a sistemática do processo coletivo não pode ser vista com os mesmos olhos do sistema processual civil comum, que simplesmente inadmitiria a legitimação passiva extraordinária no polo passivo das ações coletivas, por ausência de previsão legal. Isso porque as ações coletivas devem ter regramento diferenciado, já que tutelam direitos que têm peculiaridades e distinções quanto aos interesses individuais, particulares.

Assim, apesar da existência, no ordenamento jurídico brasileiro, de um microssistema que comporta normas de diversos diplomas jurídicos, a fim de tutelar os direitos coletivos em sentido amplo, seria oportuna a concretização destes direitos em um Código de Processos Coletivos Brasileiro, a fim de gerar uma maior estabilidade e vinculação que assegure sua tutela. Neste sentido defendem Didier Jr. e Zaneti Jr.:

A missão do Código é mais do que trazer regras novas ou consolidar a legislação anterior: revela-se no compromisso político-jurídico de garantir uma estabilidade e uma vida mais efetiva para os direitos coletivos *lato sensu* vinculando-os ao texto constitucional, já que são, também eles, reconhecidamente direitos fundamentais.

Para tanto o seu compromisso assumido deve fazer com que os Anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos ultrapassem o mero tecnicismo e busquem orientar a futura realização dos direitos coletivos em conformidade com a sua natural evolução até o momento e tendo em vista o horizonte que se pretende chegar com a realização dos direitos fundamentais coletivos. (Didier Jr. e Zaneti Jr., 2010, p. 69)

Neste mesmo sentido apresenta-se a síntese dos relatórios nacionais e transnacionais, apresentados no XIII Congresso Mundial da Associação Internacional de Direito Processual, realizado em 2007 na cidade de Salvador (Bahia) e apresentada por Grinover:

Diversas obras, no Brasil, já tratam do assunto. E o país, pioneiro no tratamento dos interesses e direitos transindividuais e dos individuais homogêneos, por intermédio da LACP e do CDC, tem plena capacidade para elaborar um verdadeiro Código de Processos Coletivos, que mais uma vez o colocará numa posição de vanguarda, revisitando a técnica processual por intermédio de normas

⁶⁶ Na verdade, esta disposição sobre a interpretação aberta e flexível se encontra no artigo 48 do Anteprojeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP).

⁶⁷ Sigla utilizada na obra de Didier Jr. e Zaneti Jr., que faz referência ao Anteprojeto do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP).

mais abertas e flexíveis, que propiciem a efetividade do processo coletivo. (Grinover, 2011, p. 214)

Para tanto, oportuno se mostra estudar a sistemática existente no ordenamento jurídico brasileiro sobre processo coletivo, juntamente com os anteprojetos mencionados, a fim de se pensar numa atualização do tema, juntamente com a inclusão de previsão expressa acerca da “ação coletiva passiva”, conforme conclui Maia:

Por fim, faz-se mister ressaltar o estudo do processo coletivo com o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América e os anteprojetos de Código Brasileiro de Processos Coletivos elaborados, respectivamente, pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, pela USP e UERJ em conjunto com a UNESA. Os citados trabalhos abordam a *ação coletiva passiva*, apresentando propostas que demonstram a relevância do tema e a necessidade de seu estudo mais aprofundado. (Maia, 2009, p. 166)

Assim também conclui Grinover, ao explanar sobre o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, no sentido de que referido projeto poderá ser levado em consideração no aprimoramento do sistema brasileiro de demandas coletivas:

Em conclusão, o Código, sem desprezar as experiências de tutela jurisdicional dos direitos e interesses transindividuais de diversos países, cria um modelo original, aderente às regras pré-existentes nos ordenamentos ibero-americanos, que aperfeiçoa e complementa. Desse modo, acaba perdendo qualquer característica nacional e se constitui num verdadeiro sistema ibero-americano de processos coletivos, harmonioso e completo, que poderá ser tomado como modelo pelos países de nossa comunidade, empenhados na transformação de um processo individualista num processo social. (Grinover, 2011, p. 35)

Aliás, Grinover aponta como sendo uma tendência, ainda que a longo prazo, nos países ibero-americanos, a utilização do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América como um “modelo” a ser observado na normatização sobre processo coletivo, a fim de que exista certa harmonização nas diretivas dos diversos países:

O resultado dessa postura é que é possível que no futuro o sistema processual ibero-americano de processos coletivos se torne mais harmônico e menos dissonante. Não se trata, evidentemente, de buscar a uniformização, mas somente uma possível harmonização, livre restando cada Estado para adequar o modelo do Código à realidade nacional que lhe é própria.

Essa harmonização parece configurar uma tendência, que poderá se concretizar a longo prazo. (Grinover, 2011, p. 245)

Por fim, interessante mencionar a tendência dos países de “civil law” em confeccionarem seus próprios “sistemas de processos coletivos”, conforme sintetiza Grinover,

o que certamente poderá ser concretizado por meio da edição de Códigos de Processos Coletivos:

Antes de mais nada, é preciso observar que os processos coletivos, nos países de *civil law*, em geral ainda não alcançaram o estágio de amadurecimento e evolução das *class actions* norte-americanas, mas a tendência é no sentido de cada vez mais países criarem verdadeiros sistemas de processos coletivos. (Grinover, 2011, p. 230)

CONCLUSÃO

Como inicialmente explanado, essa pesquisa analisa a importância do estudo das chamadas “ações coletivas passivas”, no âmbito do processo coletivo, com a finalidade de ampliar o acesso à justiça, maximizar a utilização das ações civis públicas e assim pacificar um maior número de conflitos de interesses.

Preliminarmente, cumpre notar que o maior obstáculo à aceitação desta criação doutrinária é o fato de inexistir, no ordenamento jurídico brasileiro (ou no sistema da ação civil pública, formado essencialmente pela Lei da Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor), normatização expressa a respeito desta espécie de demanda coletiva.

Mas negar a possibilidade de exercício de uma ação coletiva passiva poderá ser considerado uma afronta ao princípio constitucional de inafastabilidade da jurisdição (previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal), além de ser contraproducente, por adiar a solução de uma contenda que invariavelmente terá de ser reproposta. Neste sentido asseveram Didier Jr. e Zaneti Jr.:

No Brasil, um dos principais argumentos contra a ação coletiva passiva é a inexistência de texto expresso, lacuna que estará preenchida acaso vingue o modelo proposto. Demais disso, a permissão da ação coletiva passiva é decorrência do princípio do acesso à justiça (nenhuma pretensão pode ser afastada da apreciação do Poder Judiciário). Não admitir a ação coletiva passiva é negar o direito fundamental de ação àquele que contra um grupo pretende exercer algum direito: ele teria garantido o direito constitucional de defesa, mas não poderia demandar. Negar a possibilidade de ação coletiva passiva é, ainda, fechar os olhos para a realidade: os conflitos de interesses podem envolver particular-particular, particular-grupo e grupo-grupo. Na sociedade de massas, há conflitos *de* massa e conflitos *entre* massas. (Didier Jr. e Zaneti Jr., 2010, p. 425)

Os mesmos autores notam que, na realidade, já existe regramento expresso sobre o tema, mas no âmbito da Justiça do Trabalho, onde os sindicatos ficam em polos opostos, representando os interesses das categorias de empregados e empregadores, conforme disposto no artigo 1º da Lei nº 8.984/95⁶⁸ (Cf. Didier Jr. e Zaneti Jr., 2010, p. 425).

Neste mesmo sentido afirma Maia, que lembra a hipótese dos dissídios coletivos trabalhistas, como exemplo desta espécie de demanda:

A ação coletiva passiva, ainda que pouco explorada no ordenamento jurídico brasileiro, não é novidade. O exemplo mais conhecido é o dos dissídios coletivos na

⁶⁸ Art. 1º: “Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios que tenham origem no cumprimento de convenções coletivas de trabalho ou acordos coletivos de trabalho, mesmo quando ocorram entre sindicatos ou entre sindicato de trabalhadores e empregador”.

Justiça do Trabalho, que retratam hipóteses em que a necessidade de controlar os atos da coletividade tornou imperiosa a criação de um sistema que permitisse a vinculação de todos os membros da categoria, econômica ou profissional, à decisão judicial. (Maia, 2009, p. 01)

Assim, a despeito das críticas à ação coletiva passiva, poder-se-ia aceitá-la pelo mesmo fundamento utilizado pelos autores mais legalistas, que admitem algumas hipóteses (consideradas por eles como exceções), com vistas ao respeito à garantia de acesso à justiça. Neste sentido aduz Mazzilli:

Existe razão para admitir-se que, em se tratando de embargos à execução, ação rescisória ou ação de rescisão ou de nulidade de compromisso de ajustamento de conduta, possa ser formada coisa julgada em detrimento da coletividade, acionada no polo passivo. Assim não fosse, o executado, o terceiro prejudicado ou a parte contra quem se formou uma coisa julgada indevida, ficariam sem acesso à jurisdição, já que não teriam como desconstituir um título executório eventualmente viciado. (Mazzilli, 2009, p. 363)

Desta feita, pelo mesmo motivo, considerando a garantia constitucional de acesso à justiça e o princípio constitucional de inafastabilidade da jurisdição, por que não deveriam ser acolhidas as ações coletivas passivas, que só ampliam o âmbito da prestação jurisdicional, auxiliando a busca da pacificação social?

Ademais, a possibilidade de se litigar contra uma dada coletividade mostra-se cada vez mais importante, não se podendo fechar os olhos para hipóteses reais que acontecem no foro brasileiro, conforme nota Maia:

No contexto atual, a necessidade de controle dos atos da coletividade, ou de vinculação das decisões judiciais aos seus integrantes, não raro se torna tão importante quanto a própria proteção legal destes direitos de cunho coletivo. O tema, no entanto, costuma ser tratado de forma quase exclusiva sob o enfoque da defesa e *proteção* do grupo, (...). (Maia, 2009, p. 03)

Este mesmo autor justifica a possibilidade abstrata da ação coletiva passiva como decorrência da interpretação que se deva dar ao artigo 6º do Código de Processo Civil⁶⁹, decorrendo a legitimação extraordinária não só da lei, mas do sistema legal como um todo (Cf. Maia, 2009, p. 74). Assim, a “legitimação extraordinária passiva” também estaria prevista no dispositivo em comento, por defluir do sistema legal, não podendo apenas ser negada por inexistir regra que a permita expressamente:

⁶⁹ Artigo 6º do Código de Processo Civil: “Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.”

Por outro lado, se o significado conferido à palavra *lei* for de *sistema legal*, abre-se a possibilidade da justificativa da *legitimidade extraordinária passiva* para a ação coletiva. Neste sentido, encontramos arrimo no entendimento do professor Arruda Alvim, que entende ser a substituição processual possível ainda que não prevista expressamente no texto legal, desde que “deflúa do sistema”. (...). (Maia, 2009, p. 70)

Assim sendo, Maia lembra que os doutrinadores e os tribunais estão aceitando a possibilidade de ações coletivas passivas, mesmo que não exista previsão legal a respeito:

Em nível doutrinário, além da professora Grinover, Rodolfo de Camargo Mancuso reconhece a possibilidade de ações coletivas contra entidades representativas de interesses coletivos, acompanhado por Pedro Lenza e Ronaldo Lima dos Santos.

Doutrina à parte, os tribunais vêm reconhecendo a possibilidade de ações coletivas passivas, ainda que sem previsão expressa no ordenamento jurídico. Na Justiça do Trabalho, há mais de meio século são reconhecidas ações contra classes de trabalhadores ou empregadores em que o ente que figura no pólo passivo possui legitimidade extraordinária e a coletividade titular do direito material fica vinculada aos efeitos da coisa julgada. (Maia, 2009, p. 74)

Da mesma forma, na síntese dos relatórios nacionais e transnacionais do XIII Congresso Mundial da Associação Internacional de Direito Processual (realizado em 2007), exposta por Grinover, destaca-se a existência de demandas com as características da ação coletiva passiva no foro brasileiro, a despeito da ausência de previsão expressa no ordenamento jurídico nacional:

Quanto à legitimidade passiva (*defendant class action*) não há previsão legal expressa no sistema brasileiro. No anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, em discussão, essa modalidade está contemplada.

Ada Pellegrini Grinover admite de *lege lata* a legitimação passiva da classe no direito brasileiro.

Na jurisprudência, existem iniciativas de ações movidas em face de entidades associativas e sindicatos, que respondem à ação em nome próprio, mas com reflexos sobre a categoria envolvida. (Grinover, 2011, p. 38)

Ainda, Maia cita alguns exemplos, a fim de confirmar a aceitação doutrinária a respeito das ações coletivas passivas:

À guisa de exemplo, cita-se o apresentado pelo professor Kazuo Watanabe, nas IV Jornadas Brasileiras de Direito Processual, em agosto de 2001, que defendeu a possibilidade de ação civil pública intentada em face de uma associação de moradores que decidissem bloquear o acesso de automóveis a determinadas ruas. A professora Ada Grinover, por seu turno, aduz o exemplo de ação visando à declaração da validade de condição geral de contrato de adesão, contestada individualmente por membros de uma classe, para que tivesse eficácia em relação a toda categoria. (Maia, 2009, p. 75)

Neste sentido, conclui: “Como visto, o entendimento doutrinário, o sistema legal brasileiro e os tribunais vêm aceitando a existência de uma tutela jurisdicional que proteja pessoas contra os grupos organizados” (Maia, 2009, p. 76).

Isto porque “a ausência de previsão da *ação coletiva passiva* não importa sua exclusão do ordenamento jurídico brasileiro” (Maia, 2009, p. 159).

Neste diapasão, cumpre citar o entendimento exposto por Grinover (ao explicar o conteúdo do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, que traz um capítulo específico sobre “ação coletiva passiva”), quanto a não ser admissível o desconhecimento das “demandas coletivas passivas” na sistemática brasileira, pelo simples fato de não serem tão evidentes ou ocorrentes:

O Capítulo VI do Código introduz a ação coletiva passiva, ou seja, a *defendant class action* do sistema norte-americano. Preconizada pela doutrina brasileira, objeto de tímidas tentativas na práxis, a ação coletiva passiva, conquanto mais rara, não pode ser ignorada num sistema de processos coletivos. A ação, nesses casos, é proposta não pela classe, mas contra ela. (Grinover, 2011, p. 34)

Maia também entende que não há necessidade de uma previsão legal quanto à “legitimidade extraordinária passiva”, haja vista que a possibilidade de uma ação coletiva passiva deve defluir principalmente de princípios constitucionais, como o da inafastabilidade do controle jurisdicional e o do acesso à justiça:

O primeiro passo à sistematização da ação coletiva passiva é compreender que não é necessário que seja prevista expressamente a *legitimidade extraordinária passiva* para que seja viabilizada a *ação* em face do grupo. (...).

Não havendo prévia disposição legal instituindo o balizamento desta modalidade de ação, os limites de sua aplicação devem resultar da análise e *aplicação direta* dos princípios constitucionais processuais, conjugados com as disposições legais do processo coletivo e individual compatíveis. (Maia, 2009, p. 76)

Neste mesmo sentido complementa, lembrando da possibilidade de suprimimento das lacunas pelo julgador:

Observa-se, desta forma, que a ausência de regras que determinem a possibilidade de *ação coletiva passiva* ou estabeleçam seu procedimento e efeitos não são óbices para que o intérprete supra as lacunas processuais. Assim, aplicando-se diretamente os princípios que consagram os direitos e garantias fundamentais de natureza processual, o Poder Judiciário pode construir um modelo de procedimento apto a conjugar os valores estabelecidos pela garantia de *inafastabilidade do controle jurisdicional* e do *devido processo legal*. (Maia, 2009, p. 79)

Ainda, Grinover atenta para o fato de que há uma tendência de aceitação e regulamentação das “ações coletivas passivas” nos países de “civil law”, haja vista sua utilidade:

A previsão da ação coletiva passiva avança nos países de *civil law*. Está ela expressamente contemplada na Noruega, em Israel, no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América e nos Projetos da Áustria e do Brasil⁷⁰. Na Colômbia e no Paraguai, os relatores informam que, embora não expressa, decorre do sistema. Na Venezuela tem sido acolhida pela jurisprudência. Nos ordenamentos da Argentina e do Chile, a doutrina reconhece sua existência. (Grinover, 2011, p. 237)

Por fim, Grinover conclui⁷¹ que, dentre os institutos que precisarão amadurecer, encontra-se a previsão da “ação coletiva passiva”, apesar de afirmar ter havido uma evidente evolução nos sistemas de processos coletivos nos países de “civil law”:

CONCLUSÃO FINAL – Finalmente, pode-se afirmar que existe uma clara linha evolutiva na situação dos processos coletivos nos países de *civil law*. Em trinta anos, partiu-se do nada para chegar a um ponto de efervescência legislativa, doutrinária e jurisprudencial que indica um futuro róseo para a tutela jurisdicional dos direitos transindividuais. Certamente deverá ainda haver amadurecimento a respeito de certos institutos – a própria coisa julgada, principalmente para a tutela dos direitos individuais homogêneos, a coisa julgada *secundum probationem*, **a ação coletiva passiva** etc. – mas a situação atual indica uma elaboração própria do regime de processos coletivos que, afastando-se em vários pontos da técnica das *class actions* norte-americanas, aponta para soluções mais consentâneas com os princípios do sistema jurídico romano-germânico. **[grifo nosso]**. (Grinover, 2011, p. 248)

Ante o exposto, conclui-se que a aceitação das ações coletivas passivas no sistema brasileiro da ação civil pública, seja pelo respeito à garantia constitucional do acesso à justiça e ao princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, seja em função da interpretação que se dê ao artigo 6º do Código de Processo Civil, ou mesmo pela admissão da doutrina e da jurisprudência como fontes do direito, em muito engrandecerá as resoluções de conflitos de interesse no âmbito do processo coletivo.

⁷⁰ Grinover está se referindo ao “Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos” (artigos 38 a 40), realizado pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), sob coordenação da Professora Ada Pellegrini Grinover, e apresentado no Anexo D do presente trabalho.

⁷¹ Na “Conclusão Final” do Relatório Geral dos países de “civil law”, elaborado por Ada Pellegrini Grinover, para o XIII Congresso Mundial de Direito Processual Civil, realizado em Salvador (Bahia), dentre os dias 16 e 22 de setembro de 2007.

ANEXO I**PROJETO DE LEI Nº 5.139/09 E EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS⁷²****SUBCHEFIA DE ASSUNTOS PARLAMENTARES****PROJETO DE LEI**

Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

**CAPÍTULO I
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS**

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei as ações civis públicas destinadas à proteção:

I - do meio ambiente, da saúde, da educação, do trabalho, do desporto, da segurança pública, dos transportes coletivos, da assistência jurídica integral e da prestação de serviços públicos;

II - do consumidor, do idoso, da infância e juventude e das pessoas portadoras de deficiência;

III - da ordem social, econômica, urbanística, financeira, da economia popular, da livre concorrência, do patrimônio público e do erário;

IV - dos bens e direitos de valor artístico, cultural, estético, histórico, turístico e paisagístico; e

V - de outros interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

§ 1º Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, concessão, revisão ou reajuste de benefícios previdenciários ou assistenciais, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço -

⁷² Fonte: Projeto de Lei nº 5.139/09 e Exposição de Motivos (Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>>. Acesso em 05 de outubro de 2011).

FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

§ 2º Aplicam-se as disposições desta Lei às ações coletivas destinadas à proteção de interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Art. 2º A tutela coletiva abrange os interesses ou direitos:

I - difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato;

II - coletivos em sentido estrito, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e

III - individuais homogêneos, assim entendidos aqueles decorrentes de origem comum, de fato ou de direito, que recomendem tutela conjunta a ser aferida por critérios como facilitação do acesso à Justiça, economia processual, preservação da isonomia processual, segurança jurídica ou dificuldade na formação do litisconsórcio.

§ 1º A tutela dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos presume-se de relevância social, política, econômica ou jurídica.

§ 2º A análise da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo poderá ser arguida incidentalmente, como questão prejudicial, pela via do controle difuso.

CAPÍTULO II DOS PRINCÍPIOS DA TUTELA COLETIVA

Art. 3º O processo civil coletivo rege-se pelos seguintes princípios:

I - amplo acesso à justiça e participação social;

II - duração razoável do processo, com prioridade no seu processamento em todas as instâncias;

III - isonomia, economia processual, flexibilidade procedimental e máxima eficácia;

IV - tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos materiais e morais, individuais e coletivos, bem como punição pelo enriquecimento ilícito;

V - motivação específica de todas as decisões judiciais, notadamente quanto aos conceitos indeterminados;

VI - publicidade e divulgação ampla dos atos processuais que interessem à comunidade;

VII - dever de colaboração de todos, inclusive pessoas jurídicas públicas e privadas, na produção das provas, no cumprimento das decisões judiciais e na efetividade da tutela coletiva;

VIII - exigência permanente de boa-fé, lealdade e responsabilidade das partes, dos procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo; e

IX - preferência da execução coletiva.

CAPÍTULO III DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO COLETIVA

Art. 4º É competente para a causa o foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano ou o ilícito, aplicando-se as regras da prevenção e da competência absoluta.

§ 1º Se a extensão do dano atingir a área da capital do Estado, será esta a competente; se também atingir a área do Distrito Federal será este o competente, concorrentemente com os foros das capitais atingidas.

§ 2º A extensão do dano será aferida, em princípio, conforme indicado na petição inicial.

§ 3º Havendo, no foro competente, juízos especializados em razão da matéria e juízos especializados em ações coletivas, aqueles prevalecerão sobre estes.

Art. 5º A distribuição de uma ação coletiva induzirá litispendência para as demais ações coletivas que tenham o mesmo pedido, causa de pedir e interessados e prevenirá a competência do juízo para todas as demais ações coletivas posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto, ainda que diferentes os legitimados coletivos, quando houver:

I - conexão, pela identidade de pedido ou causa de pedir, ainda que diferentes os legitimados;

II - conexão probatória; ou

III - continência, pela identidade de interessados e causa de pedir, quando o pedido de uma das ações for mais abrangente do que o das demais.

§ 1º Na análise da identidade da causa de pedir e do objeto, será preponderantemente considerado o bem jurídico a ser protegido.

§ 2º Na hipótese de litispendência, conexão ou continência entre ações coletivas que digam respeito ao mesmo bem jurídico, a reunião dos processos poderá ocorrer até o julgamento em primeiro grau.

§ 3º Iniciada a instrução, a reunião dos processos somente poderá ser determinada se não houver prejuízo para a duração razoável do processo.

Art. 6º São legitimados concorrentemente para propor a ação coletiva:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista, bem como seus órgãos despersonalizados que tenham como finalidades institucionais a defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos;

IV - a Ordem dos Advogados do Brasil, inclusive as suas seções e subseções;

V - as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, restritas à defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos ligados à categoria;

VI - os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, a ser verificado quando do ajuizamento da ação; e

VII - as associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, para a defesa de interesses ou direitos relacionados com seus fins institucionais, dispensadas a autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros.

§ 1º O juiz poderá dispensar o requisito da pré-constituição de um ano das associações civis e das fundações de direito privado quando haja manifesto interesse social evidenciado pelas características do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

§ 2º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da ordem jurídica.

§ 3º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os legitimados, inclusive entre os ramos do Ministério Público e da Defensoria Pública.

§ 4º As pessoas jurídicas de direito público, cujos atos sejam objeto de impugnação, poderão abster-se de contestar o pedido, ou atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

Art. 7º É vedada a intervenção de terceiros nas ações coletivas, ressalvada a possibilidade de qualquer legitimado coletivo habilitar-se como assistente litisconsorcial em qualquer dos pólos da demanda.

§ 1º A apreciação do pedido de assistência far-se-á em autos apartados, sem suspensão do feito, salvo quando implicar deslocamento de competência, recebendo o interveniente o processo no estado em que se encontre.

§ 2º O juiz rejeitará liminarmente o pedido de habilitação como assistente do membro do grupo, na ação em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, quando o interessado não demonstrar, de plano, razões de fato ou de direito que assegurem

utilidade à tutela coletiva e justifiquem a sua intervenção, podendo o juiz limitar o número de assistentes, quando este comprometer o bom andamento e a duração razoável do processo.

§ 3º As pretensões individuais, na fase de conhecimento do processo coletivo, somente poderão ser discutidas e decididas de modo coletivo, facultando-se o agrupamento em subclasses ou grupos.

Art. 8º Ocorrendo desistência infundada, abandono da ação coletiva ou não interposição do recurso de apelação, no caso de sentença de extinção do processo ou de improcedência do pedido, serão intimados pessoalmente o Ministério Público e, quando for o caso, a Defensoria Pública, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social, podendo qualquer legitimado assumir a titularidade, no prazo de quinze dias.

Art. 9º Não haverá extinção do processo coletivo, por ausência das condições da ação ou pressupostos processuais, sem que seja dada oportunidade de correção do vício em qualquer tempo ou grau de jurisdição ordinária ou extraordinária, inclusive com a substituição do autor coletivo, quando serão intimados pessoalmente o Ministério Público e, quando for o caso, a Defensoria Pública, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social, podendo qualquer legitimado adotar as providências cabíveis, em prazo razoável, a ser fixado pelo juiz.

CAPÍTULO IV DO PROCEDIMENTO

Art. 10. A ação coletiva de conhecimento seguirá o rito ordinário estabelecido na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, obedecidas as modificações previstas nesta Lei.

§ 1º Até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá adequar as fases e atos processuais às especificidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico coletivo, garantido o contraditório e a ampla defesa.

§ 2º A inicial deverá ser instruída com comprovante de consulta ao cadastro nacional de processos coletivos, de que trata o caput do art. 53 desta Lei, sobre a inexistência de ação coletiva que verse sobre bem jurídico correspondente.

§ 3º Incumbe à serventia judicial verificar a informação constante da consulta, certificando nos autos antes da conclusão ao juiz.

Art. 11. Nas ações coletivas, para instruir a inicial o interessado poderá requerer de qualquer pessoa, física ou jurídica, indicando a finalidade, as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de quinze dias.

§ 1º Não fornecidas as certidões e informações referidas no caput, poderá a parte propor a ação desacompanhada destas, facultado ao juiz, após apreciar os motivos do não fornecimento, requisitá-las.

§ 2º A recusa, o retardamento ou a omissão, injustificados, de dados técnicos ou informações indispensáveis à propositura da ação coletiva, quando requisitados pelo juiz, implicará o pagamento de multa de dez a cem salários mínimos.

Art. 12. Sendo inestimável o valor dos direitos ou danos coletivos, o valor da causa será indicado pelo autor, segundo critério de razoabilidade, com a fixação em definitivo pelo juiz em saneamento ou na sentença.

Art. 13. Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu e, em se tratando de interesses ou direitos individuais homogêneos, a intimação do Ministério Público e da Defensoria Pública, bem como a comunicação dos interessados, titulares dos respectivos interesses ou direitos objeto da ação coletiva, para que possam exercer, até a publicação da sentença, o seu direito de exclusão em relação ao processo coletivo, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social.

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

Art. 14. O juiz fixará o prazo para a resposta nas ações coletivas, que não poderá ser inferior a quinze ou superior a sessenta dias, atendendo à complexidade da causa ou ao número de litigantes.

Parágrafo único. À Fazenda Pública aplicam-se os prazos previstos na Lei nº 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil.

Art. 15. A citação válida nas ações coletivas interrompe o prazo de prescrição das pretensões individuais direta ou indiretamente relacionadas com a controvérsia, desde a distribuição até o final do processo coletivo, ainda que haja extinção do processo sem resolução do mérito.

Art. 16. Nas ações coletivas, a requerimento do autor, até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá permitir a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que realizada de boa-fé e que não importe em prejuízo para a parte contrária, devendo ser preservado o contraditório, mediante possibilidade de manifestação do réu no prazo mínimo de quinze dias, facultada prova complementar.

Art. 17. Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, o juiz poderá, independentemente de pedido do autor, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida.

§ 1º Atendidos os requisitos do caput, a tutela poderá ser antecipada sem audiência da parte contrária, em medida liminar ou após justificação prévia.

§ 2º A tutela antecipada também poderá ser concedida após a resposta do réu, durante ou depois da instrução probatória, se o juiz se convencer de que há abuso do direito de defesa, manifesto propósito protelatório ou quando houver parcela incontroversa do pedido.

§ 3º A multa cominada liminarmente será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento e poderá ser exigida de forma imediata, em autos apartados, por meio de execução definitiva.

Art. 18. Se não houver necessidade de audiência de instrução e julgamento, de acordo com a natureza do pedido e as provas documentais apresentadas pelas partes ou requisitadas pelo juiz, observado o contraditório, simultâneo ou sucessivo, a lide será julgada imediatamente.

Art. 19. Não sendo o caso de julgamento antecipado, encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

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

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

§ 3º Quando indisponível o bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação.

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

Art. 20. Não obtida a conciliação ou quando, por qualquer motivo, não for utilizado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:

- I - decidirá se o processo tem condições de prosseguir na forma coletiva;
- II - poderá separar os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas à tutela dos interesses ou direitos difusos e coletivos, de um lado, e dos individuais homogêneos, do outro, desde que a separação represente economia processual ou facilite a condução do processo;
- III - fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas;
- IV - distribuirá a responsabilidade pela produção da prova, levando em conta os conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos detidos pelas partes ou segundo a maior facilidade em sua demonstração;
- V - poderá ainda distribuir essa responsabilidade segundo os critérios previamente ajustados pelas partes, desde que esse acordo não torne excessivamente difícil a defesa do direito de uma delas;
- VI - poderá, a todo momento, rever o critério de distribuição da responsabilidade da produção da prova, diante de fatos novos, observado o contraditório e a ampla defesa;

VII - esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova; e

VIII - poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

Art. 21. Em sendo necessária a realização de prova pericial requerida pelo legitimado ou determinada de ofício, o juiz nomeará perito.

Parágrafo único. Não havendo servidor do Poder Judiciário apto a desempenhar a função pericial, competirá a este Poder remunerar o trabalho do perito, após a devida requisição judicial.

Art. 22. Em qualquer tempo e grau do procedimento, o juiz ou tribunal poderá submeter a questão objeto da ação coletiva a audiências públicas, ouvindo especialistas no assunto e membros da sociedade, de modo a garantir a mais ampla participação social possível e a adequada cognição judicial.

CAPÍTULO V DAS TÉCNICAS DE TUTELA COLETIVA

Art. 23. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações e provimentos capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Art. 24. Na ação que tenha por objeto a imposição de conduta de fazer, não fazer, ou de entregar coisa, o juiz determinará a prestação ou a abstenção devida, bem como a cessação da atividade nociva, em prazo razoável, sob pena de cominação de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogatórias, independentemente de requerimento do autor.

§ 1º A conversão em perdas e danos somente será admissível se inviável a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente e, no caso de interesses ou direitos coletivos ou individuais homogêneos, se houver interesse do grupo titular do direito.

§ 2º A indenização por perdas e danos far-se-á sem prejuízo da multa, quando cabível.

Art. 25. Na ação reparatória dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, sempre que possível e independentemente de pedido do autor, a condenação consistirá na prestação de obrigações específicas, destinadas à reconstituição do bem, mitigação e compensação do dano sofrido.

Parágrafo único. Dependendo das características dos bens jurídicos afetados, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias, o juiz poderá determinar, em decisão fundamentada e independentemente do pedido do autor, as providências a serem tomadas para a reconstituição dos bens lesados, podendo indicar, entre outras, a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita.

Art. 26. Na ação que tenha por objeto a condenação ao pagamento de quantia em dinheiro, deverá o juiz, sempre que possível, em se tratando de valores a serem individualmente pagos aos prejudicados ou de valores devidos coletivamente, impor a

satisfação desta prestação de ofício e independentemente de execução, valendo-se da imposição de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogatórias.

Art. 27. Em razão da gravidade do dano coletivo e da relevância do bem jurídico tutelado e havendo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ainda que tenha havido o depósito das multas e prestação de caução, poderá o juiz determinar a adoção imediata, no todo ou em parte, das providências contidas no compromisso de ajustamento de conduta ou na sentença.

§ 1º Quando a execução envolver parcelas ou prestações individuais, sempre que possível o juiz determinará ao réu que promova dentro do prazo fixado o pagamento do valor da dívida, sob pena de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogatórias, independentemente de habilitação judicial dos interessados.

§ 2º Para fiscalizar os atos de liquidação e cumprimento da sentença do processo coletivo, poderá o juiz nomear pessoa qualificada, que terá acesso irrestrito ao banco de dados e à documentação necessária ao desempenho da função.

§ 3º Na sentença condenatória à reparação pelos danos individualmente sofridos, sempre que possível, o juiz fixará o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo ou um valor mínimo para a reparação do dano.

§ 4º Quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo forem uniformes, prevalecentemente uniformes ou puderem ser reduzidos a uma fórmula matemática, a sentença do processo coletivo indicará esses valores, ou a fórmula de cálculo da indenização individual e determinará que o réu promova, no prazo que fixar, o pagamento do valor respectivo a cada um dos membros do grupo.

§ 5º O membro do grupo que divergir quanto ao valor da indenização individual ou à fórmula para seu cálculo, estabelecidos na liquidação da sentença do processo coletivo, poderá propor ação individual de liquidação, no prazo de um ano, contado do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo.

§ 6º Se for no interesse do grupo titular do direito, as partes poderão transacionar, após a oitiva do Ministério Público, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de não concordar com a transação, propondo nesse caso ação individual no prazo de um ano, contado da efetiva comunicação do trânsito em julgado da sentença homologatória, observado o disposto no parágrafo único do art. 13.

Art. 28. O juiz poderá impor multa ao órgão, entidade ou pessoa jurídica de direito público ou privado responsável pelo cumprimento da decisão que impôs a obrigação, observados a necessidade de intimação e o contraditório prévio.

Art. 29. Não sendo possível a prolação de sentença condenatória líquida, a condenação poderá ser genérica, fixando a responsabilidade do demandado pelos danos causados e o dever de indenizar.

Art. 30. O juiz poderá, observado o contraditório, desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento dos interesses tratados nesta Lei, houver abuso de direito, excesso de poder, exercício abusivo do dever, infração da lei, fato ou ato ilícito ou

violação dos estatutos ou contrato social, bem como falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, provocados por má administração.

§ 1º A pedido da parte interessada, o juiz determinará que a efetivação da responsabilidade da pessoa jurídica recaia sobre o acionista controlador, o sócio majoritário, os sócios-gerentes, os administradores societários, as sociedades que a integram, no caso de grupo societário, ou outros responsáveis que exerçam de fato a administração da empresa.

§ 2º A desconsideração da personalidade jurídica poderá ser efetivada em qualquer tempo ou grau de jurisdição, inclusive nas fases de liquidação e execução.

§ 3º Se o réu houver sido declarado falido, o administrador judicial será intimado a informar a existência de seguro de responsabilidade, facultando-se, em caso afirmativo, o ajuizamento de ação de indenização diretamente contra o segurador, vedada a denúncia da lide ao Instituto de Resseguros do Brasil e dispensado o litisconsórcio obrigatório com este.

CAPÍTULO VI

DOS RECURSOS, DA COISA JULGADA COLETIVA E DA RELAÇÃO ENTRE DEMANDAS COLETIVAS E INDIVIDUAIS

Art. 31. Os recursos interpostos nas ações coletivas serão recebidos no efeito meramente devolutivo, salvo quando sua fundamentação for relevante e da decisão puder resultar lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz, a requerimento do interessado, ponderando os valores em questão, poderá atribuir-lhe o efeito suspensivo.

Art. 32. A sentença no processo coletivo fará coisa julgada erga omnes, independentemente da competência territorial do órgão prolator ou do domicílio dos interessados.

Art. 33. Se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, qualquer legitimado poderá ajuizar outra ação coletiva, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Art. 34. Os efeitos da coisa julgada coletiva na tutela de direitos individuais homogêneos não prejudicarão os direitos individuais dos integrantes do grupo, categoria ou classe, que poderão propor ações individuais em sua tutela.

§ 1º Não serão admitidas novas demandas individuais relacionadas com interesses ou direitos individuais homogêneos, quando em ação coletiva houver julgamento de improcedência em matéria exclusivamente de direito, sendo extintos os processos individuais anteriormente ajuizados.

§ 2º Quando a matéria decidida em ação coletiva for de fato e de direito, aplica-se à questão de direito o disposto no § 1º e à questão de fato o previsto no caput e no § 6º do art. 37.

§ 3º Os membros do grupo que não tiverem sido devidamente comunicados do ajuizamento da ação coletiva, ou que tenham exercido tempestivamente o direito à exclusão, não serão afetados pelos efeitos da coisa julgada previstos nos §§ 1º e 2º.

§ 4º A alegação de falta de comunicação prevista no § 3º incumbe ao membro do grupo, mas o demandado da ação coletiva terá o ônus de comprovar a comunicação.

Art. 35. No caso de extinção dos processos individuais como efeito da decisão prolatada em ações coletivas, não haverá condenação ao pagamento de novas despesas processuais, custas e honorários, salvo a atuação de má-fé do demandante.

Art. 36. Nas ações coletivas que tenham por objeto interesses ou direitos difusos ou coletivos, as vítimas e seus sucessores poderão proceder à liquidação e ao cumprimento da sentença, quando procedente o pedido.

Parágrafo único. Aplica-se a regra do caput à sentença penal condenatória.

Art. 37. O ajuizamento de ações coletivas não induz litispendência para as ações individuais que tenham objeto correspondente, mas haverá a suspensão destas, até o julgamento da demanda coletiva em primeiro grau de jurisdição.

§ 1º Durante o período de suspensão, poderá o juiz perante o qual foi ajuizada a demanda individual, conceder medidas de urgência.

§ 2º Cabe ao réu, na ação individual, informar o juízo sobre a existência de demanda coletiva que verse sobre idêntico bem jurídico, sob pena de, não o fazendo, o autor individual beneficiar-se da coisa julgada coletiva mesmo no caso de o pedido da ação individual ser improcedente, desde que a improcedência esteja fundada em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 3º A ação individual somente poderá ter prosseguimento, a pedido do autor, se demonstrada a existência de graves prejuízos decorrentes da suspensão, caso em que não se beneficiará do resultado da demanda coletiva.

§ 4º A suspensão do processo individual perdurará até a prolação da sentença da ação coletiva, facultado ao autor, no caso de procedência desta e decorrido o prazo concedido ao réu para cumprimento da sentença, requerer a conversão da ação individual em liquidação provisória ou em cumprimento provisório da sentença do processo coletivo, para apuração ou recebimento do valor ou pretensão a que faz jus.

§ 5º No prazo de noventa dias contado do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo, a ação individual suspensa será extinta, salvo se postulada a sua conversão em liquidação ou cumprimento de sentença do processo coletivo.

§ 6º Em caso de julgamento de improcedência do pedido em ação coletiva de tutela de direitos ou interesses individuais homogêneos, por insuficiência de provas, a ação individual será extinta, salvo se for requerido o prosseguimento no prazo de trinta dias contado da intimação do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo.

Art. 38. Na hipótese de sentença de improcedência, havendo suficiência de provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar ação revisional, com idêntico fundamento, no prazo de um ano contado do conhecimento geral da descoberta de prova técnica nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea para mudar seu resultado.

§ 1º A faculdade prevista no caput, nas mesmas condições, fica assegurada ao demandado da ação coletiva com pedido julgado procedente, caso em que a decisão terá efeitos ex nunc.

§ 2º Para a admissibilidade da ação prevista no § 1º, deverá o autor depositar valor a ser arbitrado pelo juiz, que não será inferior a dez por cento do conteúdo econômico da demanda.

Art. 39. A ação rescisória objetivando desconstituir sentença ou acórdão de ação coletiva, cujo pedido tenha sido julgado procedente, deverá ser ajuizada em face do legitimado coletivo que tenha ocupado o pólo ativo originariamente, podendo os demais co-legitimados atuar como assistentes.

Parágrafo único. No caso de ausência de resposta, deverá o Ministério Público, quando legitimado, ocupar o pólo passivo, renovando-se-lhe o prazo para responder.

CAPÍTULO VII

DA LIQUIDAÇÃO, EXECUÇÃO E CUMPRIMENTO DE SENTENÇAS DO PROCESSO COLETIVO

Art. 40. É competente para a liquidação e execução coletiva o juízo da ação de conhecimento ou o foro do local onde se encontrem bens sujeitos à expropriação ou do domicílio do executado.

Parágrafo único. Sempre que possível, a liquidação e a execução serão coletivas, sendo promovidas por qualquer dos legitimados à ação coletiva, pelas vítimas ou por seus sucessores.

Art. 41. É competente para a liquidação e execução individual o foro do processo de conhecimento, do domicílio do autor da liquidação ou da execução, ou do local onde se encontrem bens sujeitos à expropriação, não havendo prevenção do juízo da ação coletiva originária.

§ 1º Quando a competência para a liquidação não for do juízo da fase de conhecimento, o executado será intimado, na pessoa do seu procurador, seguindo a execução o procedimento do art. 475-A e seguintes da Lei nº 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil.

§ 2º Na hipótese do § 1º, o executado será intimado para a execução após a penhora.

Art. 42. Na liquidação da sentença condenatória à reparação dos danos individualmente sofridos, deverão ser provados, tão só, o dano pessoal, o nexo de causalidade e o montante da indenização.

Art. 43. A liquidação da sentença poderá 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 do cálculo.

Art. 44. Os valores destinados ao pagamento das indenizações individuais serão depositados, preferencialmente, em instituição bancária oficial, abrindo-se conta remunerada e individualizada para cada beneficiário, regendo-se os respectivos saques pelas normas aplicáveis aos depósitos bancários.

Parágrafo único. Será determinado ao réu, além da ampla divulgação nos meios de comunicação, a comprovação da realização dos depósitos individuais e a notificação aos beneficiários com endereço conhecido.

Art. 45. Em caso de sentença condenatória genérica de danos sofridos por sujeitos indeterminados, decorrido o prazo prescricional das pretensões individuais, poderão os legitimados coletivos, em função da não habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano ou do locupletamento indevido do réu, promover a liquidação e execução da indenização pelos danos globalmente sofridos pelos membros do grupo, sem prejuízo do correspondente ao enriquecimento ilícito do réu.

Parágrafo único. No caso de concurso de créditos decorrentes de ações em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos, a preferência com relação ao pagamento será decidida pelo juiz, aplicando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Art. 46. Havendo condenação em pecúnia, inclusive decorrente de dano moral coletivo, originária de ação relacionada com interesses ou direitos difusos e coletivos, a quantia será depositada em juízo, devendo ser aplicada na recuperação específica dos bens lesados ou em favor da comunidade afetada.

§ 1º O legitimado coletivo, com a fiscalização do Ministério Público, deverá adotar as providências para a utilização do valor depositado judicialmente, inclusive podendo postular a contratação de terceiros ou o auxílio do Poder Público do local onde ocorreu o dano.

§ 2º Na definição da aplicação da verba referida no caput, serão ouvidos em audiência pública, sempre que possível, os membros da comunidade afetada.

CAPÍTULO VIII

DO COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E DO INQUÉRITO CIVIL

Art. 47. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante a fixação de deveres e obrigações, com as respectivas multas devidas no caso do descumprimento.

Art. 48. O valor da cominação pecuniária deverá ser suficiente e necessário para coibir o descumprimento da medida pactuada.

Parágrafo único. A cominação poderá ser executada imediatamente, sem prejuízo da execução específica.

Art. 49. O compromisso de ajustamento de conduta terá natureza jurídica de transação, com eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade da sua homologação judicial, hipótese em que sua eficácia será de título executivo judicial.

Parágrafo único. Não será admitida transação no compromisso de ajustamento de conduta que verse sobre bem indisponível, salvo quanto ao prazo e ao modo de cumprimento das obrigações assumidas.

Art. 50. A execução coletiva das obrigações fixadas no compromisso de ajustamento de conduta será feita por todos os meios, inclusive mediante intervenção na empresa, quando necessária.

§ 1º Quando o compromisso de ajustamento de conduta contiver obrigações de naturezas diversas, poderá ser ajuizada uma ação coletiva de execução para cada uma das obrigações, sendo as demais apensadas aos autos da primeira execução proposta.

§ 2º Nas hipóteses do § 1º, as execuções coletivas propostas posteriormente poderão ser instruídas com cópias do compromisso de ajustamento de conduta e documentos que o instruem, declaradas autênticas pelo órgão do Ministério Público, da Defensoria Pública ou pelo advogado do exequente coletivo.

§ 3º Qualquer um dos co-legitimados à defesa judicial dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos poderá propor a ação de execução do compromisso de ajustamento de conduta, mesmo que tomado por outro co-legitimado.

§ 4º Quando o ajustamento abranger interesses ou direitos individuais homogêneos, o indivíduo diretamente interessado poderá solicitar cópia do termo de compromisso de ajustamento de conduta e documentos que o instruem, para a propositura da respectiva ação individual de liquidação ou de execução.

§ 5º Nos casos do § 4º, o indivíduo interessado poderá optar por ajuizar a ação individual de liquidação ou de execução do compromisso de ajustamento de conduta no foro do seu domicílio ou onde se encontrem bens do devedor.

Art. 51. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a dez dias úteis.

§ 1º O inquérito civil deverá contar com mecanismos de controle interno quanto ao processamento e à adequação da sua instauração.

§ 2º É autorizada a instauração de inquérito civil fundamentado em manifestação anônima, desde que instruída com elementos mínimos de convicção.

Art. 52. Se, depois de esgotadas todas as diligências, o órgão do Ministério Público se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação coletiva, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente, sem prejuízo da atuação dos demais co-legitimados com relação ao mesmo objeto.

§ 1º Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivados serão remetidos ao órgão revisor competente, conforme dispuser o seu regimento, no prazo de até quinze dias, sob pena de se incorrer em falta grave.

§ 2º Até que o órgão revisor homologue ou rejeite a promoção de arquivamento, poderão os interessados apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito, anexados ao inquérito civil ou às peças de informação.

§ 3º Deixando o órgão revisor de homologar a promoção de arquivamento no inquérito civil ou peças de informação, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação ou a adoção de outras providências cabíveis e manifestação fundamentada.

CAPÍTULO IX

DO CADASTRO NACIONAL DE PROCESSOS COLETIVOS E DO CADASTRO NACIONAL DE INQUÉRITOS CIVIS E COMPROMISSOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Art. 53. O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com a existência e o estado das ações coletivas.

§ 1º Os órgãos judiciários aos quais forem distribuídos processos coletivos remeterão, no prazo de dez dias, cópia da petição inicial, preferencialmente por meio eletrônico, ao Cadastro Nacional de Processos Coletivos.

§ 2º No prazo de noventa dias, contado da publicação desta Lei, o Conselho Nacional de Justiça editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional de Processos Coletivos e os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado através da rede mundial de computadores.

§ 3º O regulamento de que trata o § 2º disciplinará a forma pela qual os juízos comunicarão a existência de processos coletivos e os atos processuais mais relevantes sobre o seu andamento, como a concessão de antecipação de tutela, a sentença, o trânsito em julgado, a interposição de recursos e a execução.

Art. 54. O Conselho Nacional do Ministério Público organizará e manterá o Cadastro Nacional de Inquéritos Civis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário, os co-legitimados e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com a abertura do inquérito e a existência do compromisso.

§ 1º Os órgãos legitimados que tiverem tomado compromissos de ajustamento de conduta remeterão, no prazo de dez dias, cópia, preferencialmente por meio eletrônico, ao Cadastro Nacional de Inquéritos Civis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta.

§ 2º O Conselho Nacional do Ministério Público, no prazo de noventa dias, a contar da publicação desta Lei, editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional de Inquéritos Civis e Compromissos de Ajustamento de Conduta, incluindo a forma de comunicação e os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado.

CAPÍTULO X

DAS DESPESAS, DOS HONORÁRIOS E DOS DANOS PROCESSUAIS

Art. 55. A sentença do processo coletivo condenará o demandado, se vencido, ao pagamento das custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, bem como dos honorários de advogado, calculados sobre a condenação.

§ 1º Tratando-se de condenação à obrigação específica ou de condenação genérica, os honorários advocatícios serão fixados levando-se em consideração a vantagem obtida para os interessados, a quantidade e qualidade do trabalho desenvolvido pelo advogado e a complexidade da causa.

§ 2º Os legitimados coletivos não adiantarão custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem serão condenados em honorários de advogado, custas e demais despesas processuais, salvo comprovada má-fé.

Art. 56. O legitimado coletivo somente responde por danos processuais nas hipóteses em que agir com má-fé processual.

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

CAPÍTULO XI

DO PROGRAMA EXTRAJUDICIAL DE PREVENÇÃO OU REPARAÇÃO DE DANOS

Art. 57. O demandado, a qualquer tempo, poderá apresentar em juízo proposta de prevenção ou reparação de danos a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, consistente em programa extrajudicial.

§ 1º O programa poderá ser proposto no curso de ação coletiva ou ainda que não haja processo em andamento, como forma de resolução consensual de controvérsias.

§ 2º O programa objetivará a prestação pecuniária ou a obrigação de fazer, mediante o estabelecimento de procedimentos a serem utilizados no atendimento e satisfação dos interesses e direitos referidos no caput.

§ 3º Em se tratando de interesses ou direitos individuais homogêneos, o programa estabelecerá sistema de identificação de seus titulares e, na medida do possível, deverá envolver o maior número de partes interessadas e afetadas pela demanda.

§ 4º O procedimento poderá compreender as diversas modalidades de métodos alternativos de resolução de conflitos, para possibilitar a satisfação dos interesses e direitos referidos no caput, garantidos a neutralidade da condução ou supervisão e o sigilo.

Art. 58. A proposta poderá ser apresentada unilateralmente ou em conjunto com o legitimado ativo, no caso de processo em curso, ou com qualquer legitimado à ação coletiva, no caso de inexistir processo em andamento.

Art. 59. Apresentado o programa, as partes terão o prazo de cento e vinte dias para a negociação, prorrogável por igual período, se houver consentimento de ambas.

Art. 60. O acordo que estabelecer o programa deverá necessariamente ser submetido à homologação judicial, após prévia manifestação do Ministério Público.

Art. 61. A liquidação e execução do programa homologado judicialmente contarão com a supervisão do juiz, que poderá designar auxiliares técnicos, peritos ou observadores para assisti-lo.

CAPÍTULO XII DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 62. Qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, ou de qualquer outro legitimado, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação coletiva e indicando-lhe os elementos de convicção.

Art. 63. As ações coletivas terão tramitação prioritária sobre as individuais.

Art. 64. A União, os Estados e o Distrito Federal poderão criar juízos e órgãos especializados para o processamento e julgamento de ações coletivas em primeira e segunda instância.

Art. 65. É admissível homologação de sentença estrangeira na tutela dos direitos ou interesses difusos coletivos e individuais homogêneos.

§ 1º A homologação de sentença estrangeira coletiva deverá ser requerida perante o Superior Tribunal de Justiça pelos legitimados arrolados no art. 6º.

§ 2º As vítimas ou seus sucessores também poderão utilizar, individualmente, da sentença estrangeira coletiva no Brasil, requerendo a sua homologação perante o Superior Tribunal de Justiça.

Art. 66. As multas administrativas originárias de violações dos direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos reverterão a fundo gerido por conselho federal ou por conselhos estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da sociedade civil, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados e a projetos destinados à prevenção ou reparação dos danos.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no art. 46, poderá o juiz, após prévia oitiva das partes interessadas, atendidas as especificidades da demanda e o interesse coletivo envolvido, destinar o produto da condenação em dinheiro originária de ação coletiva para o fundo previsto no caput.

Art. 67. As disposições desta Lei aplicam-se à ação popular e ao mandado de segurança coletivo, no que não forem incompatíveis com as regras próprias que disciplinam e regulam as referidas ações.

Art. 68. Os dispositivos desta Lei aplicam-se no âmbito das relações de trabalho, ressalvadas as peculiaridades e os princípios informadores do processo trabalhista.

Art. 69. Aplica-se à ação civil pública e às demais ações coletivas previstas nesta Lei, subsidiariamente, a Lei nº 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil, naquilo em que não contrarie suas disposições e desde que seja compatível com o sistema de tutela coletiva.

§ 1º À ação civil pública e demais ações coletivas previstas nesta Lei aplica-se ainda o disposto nas Leis nº 4.348, de 26 de junho de 1964, 5.021, de 9 de junho de 1966, 8.437, de 30 de junho de 1992, e 9.494, de 10 de setembro de 1997.

§ 2º A execução por quantia certa das decisões judiciais proferidas contra a Fazenda Pública, na ação civil pública e nas demais ações coletivas de que trata esta Lei, deverá se dar na forma do art. 730 da Lei nº 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil.

Art. 70. Esta Lei entra em vigor após cento e oitenta dias contados de sua publicação.

Art. 71. Ficam revogados:

I - a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985;

II - os arts. 3º a 7º da Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989;

III - o art. 3º da Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989;

IV - os arts. 209 a 213 e 215 a 224 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990;

V - os arts. 81 a 84, 87, 90 a 95, 97 a 100, 103 e 104 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990;

VI - o art. 88 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994;

VII - o art. 7º da Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995, na parte em que altera os arts. 82, 91 e 92 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990;

VIII - os arts. 2º e 2º-A da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997;

IX - o art. 54 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001;

X - os arts. 4º, na parte em que altera o art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, e 6º da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001;

XI - os arts. 74, inciso I, 80 a 89 e 92, da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003;
e

XII - a Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007.

Brasília,

SUBCHEFIA DE ASSUNTOS PARLAMENTARES

EM nº 00043 - MJ

Brasília, 8 de abril de 2009.

Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

Submeto à elevada consideração de Vossa Excelência anteprojeto de lei que regula a Ação Civil Pública, com vistas a adequá-la ao comando normativo da Constituição.

2. O anteprojeto também objetiva ser uma adequação às significativas e profundas transformações econômicas, políticas, tecnológicas e culturais em âmbito global, significativamente aceleradas nesta virada do século XX, para o fim de prever a proteção de direitos que dizem respeito à cidadania, não consubstanciados pela atual Lei da Ação Civil Pública, de 1985.

3. O Código de Processo Civil, de 1973, balizador da disciplina processual civil, mas ainda fundado na concepção do liberalismo individualista, não responde neste novo estágio de evolução jurídico-científica ao alto grau de complexidade e especialização exigidos para disciplinar os direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos.

4. A mencionada Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, de 1990, são marcos importantes para a tutela dos interesses coletivos, mas, com passar do tempo, juristas, pesquisadores e doutrinadores do Sistema Coletivo Brasileiro identificaram a necessidade do seu aperfeiçoamento e modernização com vistas a adequá-lo às novas concepções teóricas, nacionais e internacionais, e à nova ordem constitucional. Temos como exemplo o Código-modelo de processos coletivos para Íbero-América e os dois anteprojetos do Código Brasileiro de Processo Coletivo elaborados no âmbito da Universidade de São Paulo - USP, com participação do Instituto Brasileiro de Direito processual – IBDP, e da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ, respectivamente.

5. Durante o Congresso das Carreiras Jurídicas de Estado, promovido em junho de 2008 pela Advocacia-Geral da União, verificou-se a necessidade de aperfeiçoamento da tutela coletiva no Brasil.

6. Diante desse cenário, o Ministério da Justiça instituiu, por meio da Portaria nº 2.481, de 9 de dezembro de 2008, Comissão Especial composta por renomados juristas e operadores do Direito, com representação de todas as carreiras jurídicas, e presidida pelo Secretário de Reforma do Poder Judiciário do Ministério, com a finalidade de apresentar proposta de readequação e modernização da tutela coletiva.

7. Dentre as inúmeras inovações do anteprojeto, destacam-se:

a) estabelecimento de princípios e institutos próprios indicando ser uma disciplina processual autônoma;

b) ampliação dos direitos coletivos tuteláveis pela Ação Civil Pública;

c) aumento do rol de legitimados, englobando a Defensoria Pública, a Ordem dos Advogados do Brasil e os Partidos Políticos, que passam a atuar na defesa dos direitos coletivos;

d) participação de todos os interessados, inclusive da sociedade civil, para decidir sobre a destinação dos valores originários das ações coletivas, especialmente em se tratando de violação aos direitos difusos, possibilitando resultado mais efetivo para populações ou locais atingidos por danos coletivos;

e) criação de dois cadastros nacionais, um para acompanhamento de inquéritos civis e compromissos de ajustamento de conduta, sob a responsabilidade do Conselho Nacional do Ministério Público, e outro relacionado com Ações Cíveis Públicas ajuizadas, sob o controle do Conselho Nacional de Justiça;

f) modificação da regra de competência para reparação de dano coletivo que atinja a várias partes do país, possibilitando o ajuizamento da Ação Civil Pública em qualquer juízo da capital dos Estados ou do Distrito Federal;

g) tratamento diferenciado dos institutos de conexão, continência e litispendência, visando a assegurar de maneira mais ampla a reunião de processos e a evitar a proliferação de demandas e a divergência entre julgamentos;

h) disciplina do ônus da prova, voltada à produção de quem estiver mais próximo dos fatos e capacidade de produzi-las, objetivando maior efetividade;

i) em termos de coisa julgada foi seguida a posição do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ela ser ampla, independentemente da competência territorial do órgão julgador;

j) aperfeiçoamento do Sistema de Execução das Tutelas Coletivas, inclusive com o incentivo aos meios alternativos de solução de controvérsias coletivas, em juízo ou extrajudicialmente, mediante acompanhamento do Ministério Público e do Poder Judiciário;

k) proposição de aperfeiçoamento da execução coletiva; e

l) consolidação do sistema jurídico coletivo, mediante revogação de dispositivos de várias leis dispersas, tais como o Código do Consumidor (Lei 8.078/90), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), a Lei da Pessoa Portadora de Deficiências (Lei 7.853/89), a Lei Protetiva dos Investidores do Mercado de Valores Imobiliários (Lei 7.913/89) e a Lei de Prevenção e Repressão às Infrações contra a Ordem Econômica - Antitruste (Lei 8.884/94).

8. As propostas foram discutidas com a sociedade em diversas oportunidades. As sugestões apresentadas foram amplamente debatidas na Comissão.

9. Por derradeiro, os avanços consubstanciados na proposta terão amplo e imediato reflexo na forma de tutelar os direitos coletivos no Brasil, o que representa um passo importante rumo ao acesso à justiça e à efetividade da tutela coletiva.

10. Essas, Excelentíssimo Senhor Presidente da República, são as razões que fundamentam a proposta que ora submeto à elevada consideração de Vossa Excelência.

Respeitosamente,

Tarso Fernando Herz Genro
Ministro de Estado da Justiça

ANEXO II

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COLETIVO: UM MODELO PARA PAÍSES DE DIREITO ESCRITO (ANTONIO GIDI)⁷³

NOTAS PARA A REDAÇÃO DE UMA EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

O objetivo deste projeto é inspirar a redação do melhor Código de Processo Civil Coletivo possível, adaptado à realidade dos países de tradição derivada do direito continental europeu, tendo presente a experiência internacional acumulada com a prática das ações coletivas.

O produto aqui oferecido representa a opção do autor entre as possíveis soluções dos vários problemas que se apresentam à tutela jurisdicional coletiva, cada qual com suas vantagens, desvantagens e possibilidades de abuso.

Muitas normas aqui sugeridas são meras repetições, adaptações ou aprimoramentos de normas existentes em outros ordenamentos. Outras, mais inovativas, são o fruto da nossa visão do processo coletivo como um todo, inspiradas no direito processual comparado, individual e coletivo, notadamente nos direitos brasileiro, americano, canadense, francês, italiano e escandinavo.

Uma das contribuições deste projeto é eliminar injustificadas diferenças procedimentais em ações coletivas. Tais diferenças existem no Brasil e nos Estados Unidos meramente por casualidades e equívocos históricos e esta é a oportunidade para corrigir tais deformações. Não há nada que justifique que a notificação nas ações coletivas indenizatórias americanas (*class actions for damages*) seja mais rigorosa do que nas demais ações coletivas ou que o regime da coisa julgada nas ações coletivas brasileiras seja diferente de acordo com o tipo de pretensão envolvida.

Algumas diferenças entre as ações coletivas, porém, são legítimas, em face das peculiaridades de cada tipo de pretensão. Por esse motivo, este Código contém Títulos especiais para a tutela dos direitos transindividuais (de que é titular *o grupo como um todo*) e para a tutela dos direitos individuais (de que são titulares *os membros do grupo individualmente*). O valor da pretensão ou o tipo de controvérsia também podem ser um motivo legítimo para algumas diferenças procedimentais entre ações coletivas: os conflitos resultantes da responsabilidade civil em massa derivada de prejuízos causados por produtos químicos põem questões substancialmente diversas daqueles resultantes da responsabilidade civil em massa derivada de prejuízos causados por um único incidente, como o naufrágio de um navio. Conflitos resultantes da violação das normas antitruste ou de valores imobiliários também podem apresentar questões peculiares, que podem exigir respostas diversas. Este projeto não procura solucionar tais problemas, que devem ser analisados caso a caso.

Este projeto também não busca solucionar os problemas mais complexos que têm afetado as ações coletivas norte-americanas nas últimas décadas, como a responsabilidade civil em massa causada por produtos químicos, grupos futuros, pretensões envolvendo o direito de vários estados, custo, comportamento anti-ético e outros abusos. O objetivo deste projeto é mais modesto: introduzir um simples instrumento de tutela coletiva nos países de direito escrito que não dispõem de nenhum e aperfeiçoar as ações coletivas naqueles países que já as possuem. Este projeto não foi concebido para uma audiência norte-americana, muito embora os americanos possam encontrar, aqui e ali, inspiração para a reforma do direito nos Estados Unidos.

Em face da multiplicidade de ordenamentos e da diversidade do vocabulário jurídico empregado nos diversos países de direito escrito (*civil law*), a linguagem utilizada na redação dos dispositivos deste Código é deliberadamente atécnica: optou-se por valorizar a

⁷³ Fonte: DIDIER JÚNIOR, F. e ZANETI JÚNIOR, H. *Curso de direito processual civil - processo coletivo*. 5ª ed. Vol. 4. Bahia: Juspodivm, 2010.

compreensão imediata do conteúdo da norma e a divulgação de idéias para a solução dos problemas levantados pela tutela coletiva dos direitos.

Este é um projeto de teor educativo. Procurou-se criar um sistema na medida do possível auto-explicativo, dispensando-se comentários para a compreensão básica de cada fase do procedimento. Espera-se que as respostas para as dúvidas que surgirão com a sua aplicação prática possam ser extraídas do próprio sistema processual coletivo.

TÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS

Artigo 1. Cabimento da ação coletiva

1. A ação coletiva é cabível em tutela de pretensões transindividuais de que seja titular um grupo de pessoas e de pretensões individuais de que sejam titulares os membros de um grupo de pessoas.

1.1. Em especial, a ação coletiva poderá ser proposta para tutelar:

1.1.1. Direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por relação jurídica comum ou por circunstâncias de fato;

1.1.2. Direitos individuais homogêneos, assim entendidos o conjunto de direitos subjetivos individuais ligados por uma origem comum de que sejam titulares os membros de um grupo de pessoas.

1.2. São admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos do grupo e de seus membros. Em especial, a ação coletiva poderá ter por objeto pretensões declaratórias, constitutivas ou condenação em dinheiro ou no cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

1.3. A ação coletiva também é cabível em tutela de pretensões contra um grupo de pessoas, de acordo com o disposto no Título V.

Artigo 2. Legitimidade coletiva

2. São legitimados concorrentemente para a propositura da ação coletiva: (legitimados coletivos)

I – o Ministério Público;

II – a União, os Estados ou Províncias, os Municípios e o Distrito Federal;

III – as entidades e órgãos da administração pública, ainda que sem personalidade jurídica;

IV – as associações sem fins lucrativos, legalmente constituídas há pelo menos dois anos.

2.1. O grupo como um todo e seus membros são a parte no processo coletivo, representados em juízo pelo legitimado coletivo.

2.2. Sempre que possível, o grupo será representado em juízo por mais de um legitimado coletivo, de forma a promover uma representação adequada dos direitos do grupo e de seus membros. (Vide arts. 6, 9, IV e 10.2).

2.3. O Ministério Público, se não ajuizar a ação ou intervier no processo como parte, atuará como fiscal da lei.

2.4. As associações e as entidades e órgãos da administração pública somente poderão propor ações coletivas relacionadas com os seus fins institucionais (pertinência temática).

2.5. O juiz poderá dispensar o requisito da pré-constituição e da pertinência temática ou atribuir legitimidade coletiva a membros do grupo, quando não houver legitimado coletivo adequado interessado em representar os interesses do grupo em juízo.

2.6. A associação representará em juízo os direitos e interesses do grupo e dos membros do grupo e não os de seus associados.

2.7. O advogado do grupo representará em juízo os direitos e interesses do grupo e dos membros do grupo e não os do representante que o contratou.

Artigo 3. Requisitos da ação coletiva

3. A ação somente poderá ser conduzida na forma coletiva se:

I – houver questões comuns de fato ou de direito, a permitir o julgamento uniforme da lide coletiva;

II – o legitimado coletivo e o advogado do grupo puderem representar adequadamente os direitos do grupo e de seus membros; (Vide art. 18,I).

III – a ação coletiva não for uma técnica manifestamente inferior a outras técnicas de tutela viáveis na prática.

3.1. Na análise da adequação da representação, o juiz analisará em relação ao representante e ao advogado, entre outros fatores:

3.1.1. a competência, honestidade, capacidade, prestígio e experiência;

3.1.2. o histórico na proteção judicial e extra-judicial dos interesses do grupo;

3.1.3. a conduta e participação no processo coletivo e em outros processos anteriores;

3.1.4. a capacidade financeira para prosseguir na ação coletiva;

3.1.5. o tempo de instituição e o grau de representatividade perante o grupo.

3.2. Em caso de desistência infundada, abandono da ação coletiva ou inadequação do representante, o juiz notificará amplamente o grupo e outro legitimado poderá assumir a titularidade ativa. (Vide arts. 5 e 6). Na ausência de legitimado adequado interessado em assumir a titularidade ativa da ação coletiva, o juiz extinguirá o processo coletivo sem julgamento do mérito.

3.3. Quando o grupo for demasiadamente reduzido, seus membros forem facilmente identificáveis e a controvérsia puder, na prática, prosseguir na forma individual, o juiz negará o prosseguimento da ação na forma coletiva mas permitirá que os membros do grupo intervenham no processo e assumam a titularidade da lide individual em litisconsórcio.

TÍTULO II PROCEDIMENTO COLETIVO

Artigo 4. Competência territorial

4. Em caso de Estado Federado, as ações coletivas serão propostas:

I – no foro do local onde ocorreu ou teria ocorrido o dano, quando de âmbito local;

II – no foro da Capital do Estado, na Justiça Federal, para os danos de âmbito estadual ou regional;

III – no foro do Distrito Federal, na Justiça Federal, para os danos de âmbito nacional.

Artigo 5. Notificação adequada

5. Na fase inicial do processo coletivo, o juiz promoverá, com o auxílio das partes, a melhor notificação possível para o grupo e seus membros, em face das circunstâncias do caso concreto. (Vide arts. 3.2, 14.6 e 16.1).

5.1. A notificação deverá ser econômica, eficiente e abrangente, direcionada a atingir o maior número possível de legitimados coletivos (vide art. 2) e membros do grupo. O Ministério Público, o Fundo dos Direitos de Grupo, as entidades e órgãos públicos relevantes, as associações nacionais e regionais mais representativas e uma pequena amostra dos membros do grupo facilmente identificáveis serão sempre notificados. (Vide arts. 5.10, 14.9 e 24.3).

5.2. O juiz utilizará todas as técnicas disponíveis para uma adequada notificação ao grupo, inclusive anúncios na imprensa e na Internet, em instrumentos de circulação compatível com a dimensão e o tipo do grupo.

5.3. A notificação e a identificação dos membros do grupo e entidades relevantes é de responsabilidade de ambas as partes e do juízo mas, em princípio, será custeada pelo representante do grupo. (Vide art. 5.12). Quando a identificação ou a notificação for difícil e custosa para o representante e não para a parte contrária ao grupo, o juiz atribuirá tal função à parte contrária, que poderá ter o direito de ser ressarcida das suas despesas pelo representante do grupo. (Vide art. 5.13).

5.4. A notificação será transmitida em linguagem simples, clara e acessível em face das circunstâncias e deverá incluir, entre outras informações:

5.4.1. A definição do grupo;

5.4.2. A identificação do réu;

5.4.3. A identificação e a informação para contato do representante e do advogado do grupo;

5.4.4. A descrição da controvérsia coletiva, com um resumo dos fatos;

5.4.5. A pretensão coletiva e o objeto do processo;

5.4.6. As consequências do processo coletivo para o grupo e seus membros;

5.4.7. O caráter vinculante da sentença coletiva e a possibilidade e o prazo para propositura de ação individual, se o membro tiver interesse em se excluir do grupo (Vide art. 20.1);

5.4.8. Cópia da petição inicial, da contestação e de documentos relevantes, selecionados pelo juiz com o auxílio das partes;

5.4.9. Instruções sobre como obter mais informações sobre o processo coletivo;

5.4.10. Qualquer outra informação relevante no caso concreto.

5.5. A notificação será enviada em nome do juízo.

5.6. O texto da notificação será redigido de forma neutra e imparcial. O juiz poderá atribuir tal função ao representante do grupo, sob fiscalização do réu e controle do juiz.

5.7. O juiz poderá reduzir ou dispensar a notificação individual dos membros do grupo, se ela for desproporcionalmente custosa ou se a propositura da ação coletiva tiver obtido notoriedade adequada.

5.8. O representante do grupo deverá manter os membros do grupo constantemente informados sobre os aspectos importantes do desenvolvimento da ação coletiva, sob pena de ser considerado inadequado. O juiz poderá promover a notificação formal de qualquer evento do processo, se estiver insatisfeito com a notificação periódica promovida pelo representante.

5.9. Os legitimados coletivos mais significativos a critério do juiz deverão e os que assim solicitarem poderão receber notificação dos atos importantes realizados no processo.

5.10. O juiz não promoverá a notificação, se a ação coletiva for manifestamente incabível ou infundada.

5.11. Para evitar prejuízo ao réu ou para poder dar uma informação mais completa ao grupo, o juiz poderá adiar a notificação ampla até ter convicção do cabimento e da boa-fé da ação coletiva, limitando a notificação, em um primeiro momento, aos legitimados coletivos mais significativos. (vide art. 14.9).

5.12. O juiz poderá ordenar que as despesas com a notificação ampla e identificação dos membros do grupo sejam total ou parcialmente suportadas pelo réu, se houver probabilidade de sucesso da pretensão coletiva. (Vide art. 5.13).

5.13. Se a parte contrária ao grupo envia correspondência aos membros do grupo ou mantém a publicação de periódicos ou brochuras ou um sítio na Internet, o juiz poderá ordenar a notificação através desse método, se houver probabilidade de sucesso da pretensão coletiva, de forma a notificar adequadamente o grupo sem aumentar substancial e desnecessariamente as despesas. (Vide arts. 5.3 e 5.12).

5.14. O juiz poderá ordenar a criação de um sítio na Internet, contendo informações importantes sobre o processo coletivo e sobre os fatos que levaram à sua propositura, com cópias da notificação, da petição inicial, da contestação e das principais peças, documentos e decisões do juiz. O sítio deverá ser atualizado frequentemente com o objetivo de informar os

membros do grupo sobre o andamento do processo e poderá conter mensagens importantes para o grupo e seus membros, tais como a solicitação de informações ou provas e a divulgação de uma eventual proposta de acordo. O endereço eletrônico do sítio será amplamente divulgado. O juiz poderá ordenar que seja inserida uma conexão para referido sítio no sítio do representante do grupo, do interveniente e da parte contrária ao grupo.

Artigo 6. Intervenção coletiva (Vide arts. 2.2, 3.2, 10.2, 19 e 28.4).

6. Qualquer legitimado coletivo (vide art. 2) poderá intervir no processo coletivo em qualquer tempo e grau de jurisdição para demonstrar a inadequação do representante ou auxiliá-lo na tutela dos direitos do grupo. (Vide art. 24.3).

6.1. O legitimado coletivo também poderá intervir no processo coletivo como assistente da parte contrária ao grupo.

6.2. Os membros do grupo poderão participar do processo coletivo como informantes, trazendo provas, informações e argumentos novos.

6.3. O interveniente será ressarcido das despesas e honorários, na medida proporcional à sua participação e contribuição. (Vide art. 21).

Artigo 7. Objeto do processo coletivo

7. O objeto do processo coletivo será o mais abrangente possível, abrangendo toda a controvérsia coletiva entre o grupo e a parte contrária, independentemente de pedido, incluindo tanto as pretensões transindividuais de que seja titular o grupo como as pretensões individuais de que sejam titulares os membros do grupo. (Vide arts. 9, II, 10.3 e 16).

Artigo 8. Interrupção da prescrição

8. A propositura da ação coletiva interromperá o prazo prescricional das pretensões individuais e transindividuais relacionadas com a controvérsia coletiva.

8.1 O prazo prescricional recomeçará a correr a partir da notificação ao grupo da decisão transitada em julgado. (Vide art. 16.1).

Artigo 9. Saneamento

9. Encerrada a fase postulatória, e ouvidos as partes e intervenientes, o juiz, em decisão fundamentada:

I – Decidirá se a ação tem condições de prosseguir na forma coletiva;

II – Demarcará o objeto do processo coletivo da forma mais abrangente possível, independentemente de provocação; (Vide arts. 7 e 16).

III – Descreverá, com a precisão possível e necessária, os contornos do grupo titular da pretensão coletiva;

IV – selecionará o representante mais adequado para representar os interesses do grupo em juízo. (Vide art. 2.2)

Artigo 10. Poderes do juiz

10. O juiz é neutro e imparcial, mas tem o dever de zelar pelo respeito aos direitos, interesses e garantias materiais e processuais do grupo e de seus membros.

10.1. O juiz manterá controle direto sobre o processo coletivo e tomará as medidas adequadas ao seu célere, justo e eficiente andamento.

10.2. Os representantes e intervenientes participarão do processo e apresentarão documentos, argumentos e requerimentos em conjunto, de forma a evitar repetições e contradições. O juiz somente admitirá peças processuais, documentos e provas produzidas em separado, na medida em que não sejam repetitivos. (Vide arts. 2.2 e 6).

10.3. O juiz poderá separar os pedidos ou as causas de pedir em ações coletivas distintas, se a separação representar economia processual ou facilitar a condução do processo coletivo. (Vide art. 7).

10.4. O juiz poderá dividir o grupo em subgrupos com direitos ou interesses semelhantes para melhor decisão e condução do processo coletivo. Se houver conflitos ou divergências substanciais de interesses entre os membros do grupo, o juiz poderá nomear um representante e um advogado para cada subgrupo.

10.5. O juiz poderá limitar o objeto da ação coletiva à parte da controvérsia que possa ser julgada na forma coletiva, deixando as questões que não são comuns ao grupo para serem decididas em ações individuais ou em uma fase posterior do próprio processo coletivo. Em decisão fundamentada, o juiz informará as questões que farão parte do processo coletivo e as que serão deixadas para ações individuais ou para a fase posterior do processo coletivo.

10.6. As decisões do juiz poderão ser modificadas a qualquer tempo durante o processo, desde que não represente prejuízo injustificado para as partes e o contraditório seja preservado.

10.7. O juiz poderá aumentar os prazos do processo, quando houver um grande número de representantes ou intervenientes ou quando as questões de fato ou de direito forem complexas.

Artigo 11. Ônus da prova

11. Quando o descobrimento da verdade dos fatos depender de conhecimentos técnicos ou de informações que apenas uma das partes dispõe ou deveria dispor, a ela caberá o ônus da prova, se as alegações da parte contrária forem verossímeis.

Artigo 12. Custo da prova

12. Quando a produção da prova for extremamente difícil e custosa para uma das partes e não para outra, o juiz atribuirá a sua produção à parte contrária, que terá o direito de ser ressarcida das suas despesas.

Artigo 13. Prova estatística

13. O uso de prova estatística ou por amostragem é permitido como complemento à prova direta ou quando a prova direta for custosa ou de difícil ou impossível produção.

Artigo 14. Acordo Adequado

14. O representante do grupo poderá entrar em acordo com a parte contrária ao grupo. Se os termos do acordo forem adequados para tutelar os direitos e interesses do grupo e de seus membros, o juiz o homologará através de sentença motivada e o acordo vinculará a todos. (Vide arts. 18 e 20.1).

14.1. O acordo deverá tutelar os interesses do grupo como um todo e poderá incluir aspectos alheios ao objeto do processo. Do acordo constará multa diária à parte que não cumprir os seus termos. (Vide art. 15.2).

14.2. Se o acordo for parcial, a ação coletiva prosseguirá em relação ao restante da controvérsia coletiva. (Vide art. 17).

14.3. O Ministério Público e os intervenientes têm o direito de participar em todas as fases da negociação do acordo coletivo.

14.4. Excepcionalmente, o acordo poderá estabelecer que o réu indenizará os membros do grupo através de descontos na compra futura de peças ou produtos de sua fabricação. Os cupons de desconto devem ser tanto quanto possível incondicionais. Limitações de qualquer espécie devem ser fundamentadas e podem comprometer a adequação da proposta de acordo. Sempre que possível, deverá ser concedido aos membros do grupo a opção pelo recebimento de um valor mais reduzido em dinheiro. A vantagem do grupo, para efeito do cálculo dos

honorários advocatícios será calculada com base no valor em dinheiro à vista do acordo e não em face da soma do valor nominal dos cupons. (Vide art. 21.4).

14.5. As partes encaminharão ao juiz uma proposta de acordo. O requerimento de aprovação da proposta de acordo deverá descrevê-lo de forma neutra e completa, alertando o juízo para os pontos fortes e fracos da proposta, inclusive eventuais prejuízos para o grupo e os motivos pelos quais o acordo deverá ser considerado adequado não obstante tais imperfeições. A inadequação do acordo ou do representante poderá ser ocasionada por graves omissões no requerimento de aprovação.

14.6. Se o juiz considerar a proposta de acordo satisfatória, notificará amplamente o grupo e seus membros sobre os seus termos e promoverá uma audiência pública de aprovação, onde o juiz ouvirá os interessados. (Vide art. 5).

14.7. Da notificação da proposta de acordo deverá constar, entre outras informações: (Vide art. 5.4).

14.7.1. uma descrição neutra e imparcial da proposta de acordo, com informações sobre os argumentos favoráveis e contrários;

14.7.2. O procedimento e um prazo razoável para impugnação da proposta;

14.7.3. A data e o local da audiência pública de avaliação da proposta;

14.7.4. O valor líquido ou vantagem a ser recebida por cada membro do grupo;

14.7.5. Instruções sobre como obter mais informações sobre o acordo e o processo;

14.7.6. Qualquer outra informação relevante no caso concreto.

14.8. Qualquer interessado poderá apresentar, independentemente de advogado, as razões contra ou a favor da proposta de acordo. O juiz poderá atribuir a um dos interessados ou a pessoa de sua confiança a apresentação de uma peça única, com o resumo de todos os argumentos levantados.

14.9. Antes de promover a notificação ampla ao grupo, o juiz poderá promover uma notificação limitada aos legitimados coletivos (vide art. 2) mais significativos e aos intervenientes que participaram mais ativamente no processo coletivo, convidando-os a se manifestarem sobre a proposta de acordo. (Vide arts. 5.1 e 5.11).

14.10. O juiz avaliará cuidadosamente a proposta de acordo, levando em consideração fatores como:

14.10.1. Os argumentos favoráveis e contrários à proposta de acordo;

14.10.2. As questões de fato e de direito envolvidas no litígio;

14.10.3. A probabilidade de procedência ou improcedência da pretensão coletiva;

14.10.4. Os riscos envolvidos no litígio;

14.10.5. A complexidade, o custo e a duração do processo coletivo;

14.10.6. A suficiência das provas disponíveis e da fundamentação jurídica da pretensão do grupo no momento da realização do acordo e a possibilidade de que outras informações ou provas venham a ser descobertas durante o desenrolar do processo;

14.10.7. A comparação entre uma eventual sentença de procedência da pretensão coletiva e a proposta de acordo.

Artigo 15. Obrigação de fazer ou não fazer

15. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, de caráter individual ou transindividual, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará as providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

15.1. A obrigação somente se converterá em perdas e danos, se por elas optar o grupo ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

15.2. O juiz poderá impor multa diária ao réu, de caráter cominatório, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para

o cumprimento do preceito. O juiz modificará o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. A multa é instrumento independente da indenização por perdas e danos e da punição por desobediência de ordem judicial. (Vide art. 14.1).

15.3. Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, o juiz poderá determinar as medidas necessárias para o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade proibida.

Artigo 16. Sentença coletiva

16. A sentença coletiva julgará a controvérsia coletiva da forma mais ampla possível, decidindo sobre as pretensões individuais e transindividuais, declaratórias, constitutivas e condenatórias, independentemente de pedido, desde que não represente prejuízo injustificado para as partes e o contraditório seja preservado. (Vide arts. 7 e 9, II).

16.1. A sentença coletiva será ampla e adequadamente notificada ao grupo e seus membros, de acordo com o disposto no art. 5. (Vide art. 8.1)

Artigo 17. Sentença coletiva parcial (Vide art. 14.2).

17. O juiz poderá decidir parte do pedido coletivo, proferindo sentença parcial, quando quanto a essa parte não houver necessidade de produção de prova ou quando a prova já produzida nos autos for suficiente.

17.1. A sentença parcial poderá ser recorrida e executada nos mesmos termos que a sentença final.

17.2. A ação coletiva prosseguirá em relação ao restante da controvérsia coletiva.

Artigo 18. Coisa julgada coletiva

18. A coisa julgada coletiva vinculará o grupo e seus membros independentemente do resultado da demanda, exceto se a improcedência for causada por:

I – representação inadequada dos direitos e interesses do grupo e de seus membros; (Vide art. 3, II).

II – insuficiência de provas.

18.1. Se a ação coletiva for julgada improcedente por insuficiência de provas, qualquer legitimado coletivo (vide art. 2) poderá propor a mesma ação coletiva, valendo-se de nova prova que poderia levar a um diferente resultado.

18.2. Os vícios de que trata este artigo serão conhecidos tanto pelo juiz da causa como pelo juiz da ação individual ou coletiva posteriormente proposta.

18.3. Na ação individual proposta por um membro do grupo vinculado pela coisa julgada coletiva somente poderão ser discutidas questões não acobertadas pela coisa julgada coletiva e questões de natureza individual. (Vide art. 20.1).

Artigo 19. Litispendência

19. A primeira ação coletiva proposta induz litispendência para as demais ações coletivas relacionadas à mesma controvérsia coletiva. As ações coletivas posteriores serão extintas, mas os seus autores poderão intervir na primeira ação coletiva. (Vide art. 6).

19.1 O réu deverá informar ao juiz e ao representante do grupo sobre a propositura de outra ação coletiva relacionada à mesma controvérsia coletiva.

Artigo 20. A ação coletiva e as correspondentes ações individuais

20. A ação coletiva não induz litispendência para as correspondentes ações individuais relacionadas à mesma controvérsia coletiva. As ações individuais não serão extintas.

20.1. O membro do grupo que propuser ação individual até a data da publicação da sentença ou da homologação do acordo coletivo será excluído do grupo e não será vinculado em sua esfera individual pela coisa julgada coletiva. (Vide art. 18.3).

20.2. O réu identificará ao juiz da ação coletiva e ao representante do grupo as ações individuais relacionadas à mesma controvérsia, à medida em que sejam propostas.

20.3. Se o membro do grupo autor da ação individual for notificado da existência de uma correspondente ação coletiva, poderá requerer a suspensão do seu processo individual no prazo de 60 dias, se quiser se vincular à coisa julgada coletiva.

20.4. Se a ação coletiva for extinta com julgamento do mérito, o membro do grupo que requereu a suspensão do seu processo individual será vinculado pela coisa julgada coletiva e, se for o caso, a ação individual será extinta. (Vide art. 18.3).

20.5. Se a ação coletiva for extinta sem julgamento do mérito ou se não houver formação da coisa julgada coletiva (vide art. 18), a ação individual que estava suspensa poderá prosseguir.

20.6. Na ausência da notificação a que se refere o art. 20.3, o autor da ação individual será beneficiado mas não poderá ser prejudicado pela coisa julgada coletiva.

20.7. Antes da publicação da sentença coletiva ou da homologação do acordo coletivo, o autor da ação individual que requereu a suspensão do seu processo individual nos termos do art. 20.3 poderá se desligar da ação coletiva e requerer o prosseguimento da sua ação individual.

Artigo 21. Despesas e honorários

21. Nas ações coletivas ativas, não haverá adiantamento de custas e quaisquer outras despesas por parte do grupo.

21.1. A sentença, independentemente de requerimento, condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que efetuou e os honorários advocatícios.

21.2. Nas ações coletivas ativas julgadas improcedentes, o representante do grupo e os intervenientes não serão condenados a pagar honorários de advogado, custas e despesas processuais do vencedor, salvo se a ação coletiva for proposta ou mantida de má-fé, caso em que o representante do grupo, os intervenientes e as pessoas diretamente envolvidas serão solidariamente condenados a pagar honorários advocatícios e até o décuplo das custas e despesas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

21.3. O pagamento dos honorários do advogado do grupo poderá ser condicional ao resultado obtido na ação coletiva, mas o advogado não poderá financiar o litígio. (Vide art. 24.1).

21.4. No cálculo dos honorários, o juiz levará em consideração, entre outros fatores, a vantagem obtida para o grupo, a quantidade e a qualidade do trabalho realizado pelo advogado e a complexidade da causa.

21.5. Como incentivo à propositura de ações coletivas e ao ativo controle do processo pelos legitimados coletivos (vide art. 2), o juiz poderá atribuir uma gratificação financeira ao representante e ao interveniente cuja atuação foi relevante na tutela dos direitos, interesses e garantias do grupo e de seus membros. Esse valor poderá ser retirado da indenização devida ou pago pelo réu. Em sua avaliação, o juiz levará em consideração a participação do legitimado na descoberta do ilícito e na resolução do conflito, a sua adequada atuação, entre outros fatores que demonstrem a utilidade da sua participação e a sua conduta exemplar.

21.6. O juiz poderá reter parte do pagamento dos honorários do advogado ou da gratificação do legitimado coletivo até a satisfação total da pretensão coletiva.

Artigo 22. Precedência da ação coletiva

22. O juiz poderá dar prioridade ao processamento de uma ação coletiva, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Artigo 23. Ação rescisória coletiva

23. A sentença coletiva de mérito com força de coisa julgada (vide art. 18) poderá ser rescindida através de ação autônoma proposta por um dos legitimados coletivos (vide art. 2) quando:

- I** – Devido à dimensão, natureza ou característica do ilícito ou do dano, não foi possível, no momento da decisão ou do acordo, uma análise da sua adequação ou das suas conseqüências;
- II** – Devido à complexidade das questões, não foi possível uma análise adequada do material probatório produzido ou dos argumentos jurídicos suscitados na ação coletiva;
- III** – A decisão ou o acordo, nas relações continuativas, mostrarem-se manifestamente inadequadas com o passar do tempo.
- IV** – Ocorrer uma das hipóteses previstas na lei processual individual.

TÍTULO III **TUTELA COLETIVA DAS PRETENSÕES INDENIZATÓRIAS** **TRANSINDIVIDUAIS DO GRUPO**

Artigo 24. Fundo dos Direitos de Grupo

24. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado ao grupo reverterá ao Fundo dos Direitos de Grupo, gerido por uma comissão formada por membros do Ministério Público, juízes e representantes da comunidade. (Vide art. 27).

24.1. Os recursos do Fundo serão destinados à reconstituição ou reparação dos danos causados ao grupo. Caso a reconstituição ou reparação não seja possível, os recursos deverão ser utilizados de forma discricionária, criativa e flexível relacionada com a natureza da infração ou do dano causado, inclusive através do financiamento e da fiscalização de outras ações coletivas e de projetos científicos, de pesquisa, informativos e educacionais. (Vide arts. 5 e 21.3).

24.2. O Poder Executivo constituirá a comissão gestora do Fundo dos Direitos de Grupo no prazo de 90 dias a partir da entrada em vigor deste Código. Enquanto a comissão não estiver devidamente constituída, o dinheiro ficará depositado em conta bancária com correção monetária.

24.3. O Fundo dos Direitos de Grupo será notificado sobre a propositura de toda ação coletiva e sobre as decisões mais importantes em tais processos e poderá intervir em processos coletivos em qualquer tempo e grau de jurisdição para demonstrar a inadequação do representante ou auxiliá-lo na tutela dos direitos do grupo. (Vide arts. 5.1 e 6).

TÍTULO IV **TUTELA COLETIVA DAS PRETENSÕES INDENIZATÓRIAS** **INDIVIDUAIS DOS MEMBROS DO GRUPO**

Artigo 25. Cálculo dos danos individuais

25. Sempre que possível, o juiz calculará o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo na própria ação coletiva e a execução da sentença coletiva será feita na forma coletiva.

25.1. 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 individual.

25.2. O membro do grupo que considerar que o valor da sua indenização individual ou a fórmula para seu cálculo é diverso do estabelecido na sentença coletiva, poderá propor ação individual de liquidação.

25.3 Se o juiz da ação coletiva não puder calcular o valor dos danos individualmente sofridos pelos membros do grupo, a condenação coletiva será genérica, fixando a responsabilidade civil do réu pelos danos causados e o dever de indenizar, deferindo a liquidação dos danos individuais a processo individual promovido por cada membro do grupo. (Vide art. 26) Os membros do grupo terão o prazo de dois anos, a contar da notificação da decisão transitada em julgado, para iniciar suas ações individuais de liquidação e execução contra o réu. (Vide art. 27).

Artigo 26. Distribuição do dinheiro

26. Em caso de condenação de pagar indenização individual aos membros do grupo, o dinheiro da condenação deverá ser distribuído de forma rápida, econômica e eficiente.

26.1 Após o trânsito em julgado da decisão, o réu deverá indenizar os membros do grupo voluntariamente, independentemente de instauração de processo de liquidação ou execução, mediante produção suficiente de provas por parte dos membros do grupo que se habilitarem.

26.2 O juiz da ação coletiva poderá nomear uma ou mais comissões de árbitros que avaliarão os casos duvidosos, com recurso para o juiz da ação coletiva. As comissões serão formadas por uma a três pessoas, preferencialmente compostas por juízes, advogados, estudantes de direito ou outras pessoas responsáveis, de indicação do juiz e sugestão das partes. As controvérsias individuais também poderão ser remetidas para os tribunais de pequenas causas ou outro tribunal competente.

26.3 O juiz indicará a remuneração devida aos árbitros, que será de responsabilidade do réu. A remuneração não poderá ser calculada proporcionalmente ao valor das decisões da comissão, mas será uma função do número e da complexidade dos processos que decidir.

26.4 As decisões dos árbitros não são vinculantes, mas se o réu se recusar a cumprir voluntariamente a pretensão individual manifestamente procedente, o juiz poderá condená-lo a pagar até cem vezes o valor sugerido pela comissão, além das despesas e honorários advocatícios. Na análise do valor da multa, o juiz deverá levar em consideração, entre outros fatores:

26.4.1. Os motivos para o não cumprimento;

26.4.2. O grau de certeza da pretensão do membro do grupo;

26.4.3. O grau de reincidência do réu;

26.4.4. A necessidade de coibir o réu;

26.4.5. A boa fé das partes durante o processo arbitral;

26.4.6. A disponibilidade financeira do réu.

Artigo 27. Indenização individual global e Fundo dos Direitos de Grupo

27. O juiz fixará o valor global dos danos individualmente causados aos membros do grupo e o reverterá para o Fundo dos Direitos de Grupo, se um número de membros incompatível com a dimensão do grupo for ressarcido ou propuser ação de liquidação ou execução individual no prazo previsto no art. 25.3. (Vide art. 24).

27.1. O valor do dano globalmente causado aos membros do grupo poderá ser apurado imediatamente, mas somente poderá ser executado após o decurso do prazo previsto no art. 25.3.

27.2. O juiz poderá reverter parte do valor da condenação total para o Fundo antes do prazo previsto no art. 25.3, se houver improbabilidade prática de propositura de ações individuais devido, por exemplo, à dificuldade da prova, ao reduzido valor das pretensões individuais, ou à insolvência do réu.

TÍTULO V

AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS

Artigo 28. Ações coletivas passivas

28. A ação coletiva poderá ser proposta contra os membros de um grupo de pessoas, representados por associação que os congregue.

28.1. A associação representará o grupo como um todo e os membros do grupo. O membro do grupo será vinculado pela sentença coletiva independentemente do resultado da demanda, ainda que não seja membro da associação que o representou em juízo. (Vide arts. 2.1, 2.6 e 18).

28.2. Se não houver associação que congregue os membros do grupo-réu, a ação coletiva passiva poderá ser proposta contra um ou alguns de seus membros, que funcionarão como representantes do grupo. (Vide art. 2.2).

28.3. Os membros do grupo poderão criar uma associação com a finalidade específica de representá-los em juízo na ação coletiva passiva.

28.4. Os membros do grupo poderão intervir no processo coletivo passivo. (Vide art. 6).

28.5. O representante terá o direito de ser ressarcido pelos membros do grupo das despesas efetuadas com o processo coletivo, na proporção do interesse de cada membro.

Artigo 29. Processo civil coletivo ativo supletório

29. Aplicam-se complementarmente às ações coletivas passivas o disposto neste Código quanto às ações coletivas ativas, no que não for incompatível.

29.1 Sempre que possível e necessário, as normas referentes às ações coletivas ativas deverão ser interpretadas com flexibilidade e adaptadas às necessidades e peculiaridades das ações coletivas passivas.

TÍTULO VI

PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO

Artigo 30. Interpretação flexível

30. Este Código será interpretado de forma criativa, aberta e flexível, evitando-se aplicações extremamente técnicas, incompatíveis com a tutela coletiva dos direitos transindividuais e individuais.

30.1 O juiz adaptará as normas processuais às necessidades e peculiaridades da controvérsia e do grupo, levando em consideração fatores como o valor e o tipo da pretensão.

Artigo 31. Processo civil coletivo supletório

31. O disposto neste código se aplica, no que for cabível, a todas as ações coletivas.

Artigo 32. Processo civil individual supletório

32. Aplicam-se complementarmente ao processo coletivo as normas, princípios e garantias processuais civis individuais no que não conflitar com o espírito do processo coletivo.

32.1. Sempre que possível e necessário, as normas, princípios e garantias incompatíveis com o espírito do processo coletivo devem ser adaptadas às necessidades e peculiaridades da tutela coletiva.

TÍTULO VII

DISPOSIÇÕES FINAIS

Artigo 33. Entrada em vigor

33. Este Código entrará em vigor na data da sua publicação, sendo aplicado imediatamente aos processos coletivos pendentes.

ANEXO III

ANTEPROJETO DE CÓDIGO MODELO DE PROCESSOS COLETIVOS PARA IBERO-AMÉRICA⁷⁴

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

Sumário: 1 – Significado social e político da tutela dos interesses ou direitos transindividuais – 2. O sistema de *common law*: as *class actions* norte-americanas – 3. O sistema de *civil law*: o tratamento da matéria nos países de Ibero-América – 4. A necessidade de um Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América – 5. O modelo do Código: um sistema supra-nacional adequado à realidade dos países da comunidade ibero-americana – 6. Breve síntese do conteúdo do Código – 7. Conclusão.

1. Tem sabor de lugar comum a afirmação de que o processo tradicional não se presta à defesa dos direitos e interesses transindividuais, cujas características os colocam a meio caminho entre o interesse público e o privado, sendo próprios de uma sociedade globalizada e resultado de conflitos de massa. E igualmente clara é a dimensão social do reconhecimento e tutela dos direitos e interesses transindividuais, por serem comuns a uma coletividade de pessoas, e somente a estas. Interesses espalhados e informais à tutela de necessidades coletivas, sinteticamente referíveis à qualidade de vida. Interesses de massa, que comportam ofensas de massa e que colocam em contraste grupos, categorias, classes de pessoas. Não mais se trata de um feixe de linhas paralelas, mas de um leque de linhas que convergem para um objeto comum e indivisível. Aqui se inserem os interesses dos consumidores, ao meio ambiente, dos usuários de serviços públicos, dos investidores, dos beneficiários da Previdência Social e de todos aqueles que integram uma comunidade compartilhando de suas necessidades e de seus anseios.

O reconhecimento e a necessidade de tutela desses interesses puseram em relevo sua configuração política. Em consequência, a teoria das liberdades públicas forjou uma nova “geração” de direitos fundamentais. Aos direitos clássicos de primeira geração, representados pelas tradicionais liberdades negativas, próprias do Estado liberal, com o correspondente dever de abstenção por parte do Poder Público; aos direitos de segunda geração, de caráter econômico-social, compostos por liberdades positivas, com o correlato dever do Estado a um *dare, facere* ou *praestare*, a teoria constitucional acrescentou uma terceira geração de direitos fundamentais, representados pelos *direitos de solidariedade*, decorrentes dos referidos interesses sociais. E, na medida em que o direito constitucional dá a esses interesses a natureza jurídica de *direitos*, não há mais razão de ser para a clássica discussão em torno dessas situações de vantagem configurarem interesses ou direitos.

2. Nos sistemas do *common law* a tutela dos interesses ou direitos transindividuais é tradicional: o instituto das *class actions* do sistema norte-americano, baseado na *equity* e com antecedentes no *Bill of Peace* do século XVII, foi sendo ampliado de modo a adquirir aos poucos papel central do ordenamento. As *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938 fixaram, na regra 23, as normas fundamentais retoras das *class actions*. As dificuldades práticas, quanto à configuração e requisitos de uma ou outra de suas categorias, com tratamento processual próprio, levaram o *Advisory Committee on Civil Rules* a modificar a disciplina da matéria na revisão feita pelas *Federal Rules* de 1966, as quais estão sendo novamente trabalhadas para eventuais modificações.

⁷⁴ Fonte: GRINOVER, A. P. et al. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law – uma análise de direito comparado*. 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

3. Nos sistemas do *civil law*, coube ao Brasil a primazia de introduzir no ordenamento a tutela dos interesses difusos e coletivos, de natureza indivisível, antes de tudo pela reforma de 1977 da Lei da Ação Popular; depois, mediante lei específica de 1985 sobre a denominada “ação civil pública”; a seguir, em 1988, elevando a nível constitucional a proteção dos referidos interesses; e finalmente, em 1990, pelo Código de Defesa do Consumidor (cujas disposições processuais são aplicáveis à tutela de todo e qualquer interesse ou direito transindividual). Este Código foi além da dicotomia dos interesses difusos e coletivos, criando a categoria dos chamados *interesses individuais homogêneos*, que abriram caminho às ações reparatórias dos prejuízos individualmente sofridos (correspondendo, no sistema norte-americano, às *class actions for damages*).

O Código Modelo de Processo Civil para Ibero-América recepcionou a idéia brasileira da tutela jurisdicional dos interesses difusos, com algumas modificações em relação à legitimação (que inclui qualquer interessado) e ao controle sobre a representatividade adequada (que no Brasil não é expresso). Com relação à coisa julgada, o regime brasileiro do julgado *erga omnes*, salvo insuficiência de provas, foi igualmente adotado.

No Uruguai, o Código Geral de Processo de 1989 repetiu as regras do Código Modelo de Processo Civil.

Na Argentina, primeiro a jurisprudência e depois o Código de Código Civil e Comercial da Nação, de 1993, seguiram o Código Modelo Ibero-Americano, até que a Constituição de 1994 contemplou, no art. 43, os chamados “direitos de incidência coletiva”, para cuja tutela prevê o “amparo” e a legitimação ampla para o exercício de sua defesa. Mas a doutrina preconiza a introdução, no ordenamento, de ações específicas, à semelhança das existentes no modelo brasileiro. A jurisprudência, mesmo sem textos legais, tem avançado com criatividade para assegurar a tutela concreta dos direitos e interesses coletivos.

Em 1995, Portugal deu um passo à frente, com a Lei da Ação Popular, da qual também se extrai a defesa dos direitos individuais homogêneos. Em 1996, Portugal também criou ações inibitórias para a defesa dos interesses dos consumidores. E, desde 1985, o sistema já conhecia ações relativas às cláusulas gerais, com legitimação conferida ao Ministério Público, e portanto diversa da prevista para a ação popular, que é limitada ao cidadão, às associações e fundações com personalidade jurídica e às autarquias locais.

A seguir, outros ordenamentos ibero-americanos introduziram, de alguma forma, a tutela dos interesses difusos e coletivos em seus sistemas. No Chile, foi ampliada a abrangência da ação popular, com regulamentação em várias leis especiais e no art. 2.333 do Código Civil. No Paraguai, a Constituição consagra o direito individual ou coletivo de reclamar da autoridade pública a defesa do ambiente, da saúde pública, do consumidor e outros que por sua natureza pertençam à coletividade, mas não contempla expressamente instrumentos processuais para esse fim. No Peru, há alguma legislação esparsa e específica para a tutela de certos direitos coletivos, no campo das organizações sindicais e das associações dos consumidores. Na Venezuela, a nova Constituição prevê a possibilidade de qualquer pessoa entrar em juízo para a tutela de seus direitos ou interesses, inclusive coletivos ou difusos, mas não há lei específica que regule a matéria. A jurisprudência venezuelana reconhece legitimação para os mesmos fins ao Ministério Público, com base na legitimação geral que lhe confere a Constituição. Na Colômbia, a Constituição de 1991, no art. 88, atribuiu nível constitucional às ações populares e de grupo e autorizou o legislador a definir os casos de responsabilidade objetiva pelo dano causado a interesses e direitos coletivos. A lei 472 de 1998, que entrou em vigor a 5 de agosto de 1999, regulamentou o referido art. 88 da Constituição, definindo o regime das ações populares e de grupo. O art. 70 cria o Fundo para a Defesa dos Direitos e Interesses Coletivos e o art. 80 cria um registro público das ações populares e de grupo, a ser gerido pela Defensoria do Povo de forma centralizada. (Fonte:

Ramiro Bejarano Guzmán, *Processos declarativos*, Ed. Temis, 2001, 159-219, especialmente 160-163). É importante ressaltar que a ação popular destina-se à tutela dos direitos difusos e as ações de grupo à defesa dos que o Código Modelo chama “direitos individuais homogêneos”.

Na Espanha, a reforma processual civil de 2000 contempla a defesa de interesses transindividuais mas, segundo parte da doutrina, de maneira incompleta e insuficiente.

4. Vê-se daí que a situação da defesa dos direitos e interesses transindividuais, em Ibero-América, é às vezes insuficiente e muito heterogênea. E também se percebe que diversos países ainda não têm legislação alguma, ou legislação abrangente sobre a matéria.

A ideia de um Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América surgiu em Roma, numa intervenção de Antonio Gidi, membro brasileiro 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 “Istituto Italo-Latino Americano” e pela “Associazione di Studi Sociali Latino-Americani”. E 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 elaboração de um Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, nos moldes dos já editados Códigos Modelo de Processo Civil e de Processo Penal. Ou seja, de um Código que pudesse servir não só como repositório de princípios, mas também como modelo concreto para inspirar as reformas, de modo a tornar mais homogênea a defesa dos interesses e direitos transindividuais em países de cultura jurídica comum. O Código – como sua própria denominação diz – deve ser apenas um modelo, a ser adaptado às peculiaridades locais, que serão levadas em consideração na atividade legislativa de cada país; mas deve ser, ao mesmo tempo, um modelo plenamente operativo.

Incumbidos pela Presidência do Instituto de preparar uma proposta de Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi apresentaram o resultado de seu trabalho nas Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, de Montevideu, em outubro de 2002, onde a Proposta foi transformada em Anteprojeto.

O Instituto Ibero-Americano de Direito Processual convocou então uma plêiade de professores ibero-americanos para manifestarem sua opinião sobre o Código, papel este coordenado por Antonio Gidi (Brasil) e Eduardo Ferrer MacGregor (México). Os trabalhos foram publicados pela Editorial Porrúa sob o título *A tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos* – Rumo a um Código Modelo para Ibero-América e apresentados no decorrer do XII Congresso Mundial de Direito Processual, realizado na Cidade do México, de 22 a 26 de setembro de 2003.

Com os aportes acima referidos, a Comissão Revisora, integrada por Ada Pellegrini Grinover, Aluisio G. de Castro Mendes, Anibal Quiroga León, Antonio Gidi, Enrique M. Falcón, José Luiz Vázquez Sotelo, Kazuo Watanabe, Ramiro Bejarano Guzmán, Roberto Berizonce e Sergio Artavia procedeu a aperfeiçoar o Anteprojeto, surgindo assim sua 2ª. Versão, que em sua redação definitiva foi revista pelo professor do Uruguai Angel Landoni Sosa. O Anteprojeto foi discutido em Roma, recebendo algumas sugestões de aperfeiçoamento. Estas foram acolhidas, tendo os membros da Comissão Revisora, por sua vez, apresentado outras.

Finalmente, votadas as novas propostas, o Anteprojeto converteu-se em Projeto, que foi aprovado pela Assembléia Geral do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, realizada em outubro de 2004, durante as XIX Jornadas Ibero-Americanas de Direito

Processual, em Caracas, transformando-se assim no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América

5. O modelo ora apresentado inspira-se, em primeiro lugar, naquilo que já existe nos países da comunidade ibero-americana, complementando, aperfeiçoando e harmonizando as regras existentes, de modo a chegar a uma proposta que possa ser útil para todos. Evidentemente, foram analisadas a sistemática norte-americana das *class actions* e a brasileira das ações coletivas (aplicada há quase 20 anos), mas o código afasta-se em diversos pontos dos dois modelos, para criar um sistema original, adequado à realidade existente nos diversos países ibero-americanos.

Tudo isto foi levado em conta para a preparação do Código, que acabou, por isso mesmo, perdendo as características de um modelo nacional, para adquirir efetivamente as de um verdadeiro sistema ibero-americano de processos coletivos, cioso das normas constitucionais e legais já existentes nos diversos países que compõem nossa comunidade.

6. Em linhas extremamente gerais, o Código compõe-se de VII Capítulos.

O Capítulo I destina-se a conceituar os interesses ou direitos transindividuais, segundo as categorias de difusos (aos quais foram subsumidos os coletivos, pela terminologia brasileira) e individuais homogêneos, já conhecidas de diversos países ibero-americanos. Para os interesses individuais homogêneos, buscaram-se no sistema norte-americano os requisitos da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto (*predominance and superiority*), que a experiência brasileira demonstrou serem necessários. A representatividade adequada – mencionada em muitos estatutos ibero-americanos – é exigida e detalhada, mediante uma lista exemplificativa de critérios que poderão orientar o juiz em sua avaliação. A legitimação é a mais aberta possível, para atender a todos os modelos já existentes de processos coletivos em Ibero-América. Fica claro que a legitimação é concorrente e autônoma, admitido o litisconsórcio dos colegitimados. Não se descarta do papel de fiscal da lei do Ministério Público e se prevê o compromisso administrativo de ajustamento de conduta, a ser tomado pelos legitimados de natureza pública, capaz de evitar ou encurtar o processo, com a formação imediata de título executivo.

O Capítulo II trata dos provimentos jurisdicionais que se podem obter pelo exercício da ação coletiva: é aqui que o Código se preocupa eminentemente com a efetividade do processo coletivo, que deve levar a uma resposta jurisdicional realmente capaz de satisfazer os direitos transindividuais violados ou ameaçados. Encontram-se aí normas sobre a antecipação de tutela e sobre sua possível estabilização; sobre a ação condenatória à reparação dos danos ao bem indivisivelmente considerado e à destinação da indenização para a recuperação do bem lesado ou a finalidades conexas; sobre a condenação a uma obrigação de fazer ou não fazer (inibitória), em que a indenização é a *ultima ratio*, à qual se prefere o regime de multas diárias (*astreintes*) ou até mesmo o de mandamentos judiciais aptos à obtenção de um resultado prático equivalente ao adimplemento da obrigação; sobre a condenação a uma obrigação de dar.

O Capítulo III trata de regras processuais aplicáveis, em geral, aos processos coletivos: a competência, o pedido e a causa de pedir, a tentativa de conciliação e de outras formas de auto e heterocomposição, preservada a indisponibilidade do bem jurídico coletivo. O processo desenvolve-se por audiências, exercendo o juiz vários poderes de controle e direção, inclusive podendo decidir desde logo a demanda pelo mérito, quando não houver necessidade de prova. Seguem regras sobre a distribuição do ônus da prova, sobre as custas, emolumentos e honorários, tanto do perito como dos advogados, prevendo-se incentivos para a pessoa física, os sindicatos e as associações autoras, sobre a interrupção do prazo de prescrição para as pretensões individuais como consequência da propositura da ação coletiva etc. Finalmente,

cuida-se aqui dos efeitos da apelação, em regra meramente devolutivo e da execução provisória, matérias em que alguns ordenamentos ibero-americanos são omissos.

O Capítulo IV detém-se sobre as ações coletivas em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos e, particularmente, sobre a ação coletiva reparatória dos danos individualmente sofridos (a *class action for damages* norte-americana), movida pelos legitimados sem necessidade de indicação da identidade das vítimas. Dá-se conhecimento do ajuizamento da ação aos possíveis interessados, para que possam intervir no processo, querendo, como assistentes ou coadjuvantes, sendo-lhes vedado, porém, discutir suas pretensões individuais no processo coletivo de conhecimento. Cuidado especial tomou-se com as notificações. Em caso de acolhimento do pedido, a sentença poderá ser genérica, declarando a existência do dano geral e condenando o vencido à obrigação de indenizar a todas as vítimas e seus sucessores (ainda não identificados). Caberá a estes, individualmente ou pelos legitimados coletivos, provar na liquidação da sentença o seu dano pessoal, o nexo causal com o dano global reconhecido pela sentença, e quantificar o prejuízo individualmente sofrido. Mas o Código também prevê a possibilidade de o juiz, na sentença condenatória, fixar as indenizações individuais, quando isto for possível. Cuida-se, também, do caso de concurso de créditos e se prescreve que, decorrido um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, haverá execução coletiva da importância devida a título de *danos causados*, cuidando de sua destinação a um fundo. Aqui o Código adota a solução da *fluid recovery* do sistema norte-americano.

O Fundo de Direitos Difusos e Individuais Homogêneos tem regras específicas sobre a gestão e as atividades, a serem controladas pelo juiz.

No Capítulo V são tratadas a conexão, a litispendência e a coisa julgada. Conexão e litispendência têm regras claras, incluindo as relações entre ações coletivas ou entre uma ação coletiva e as ações individuais. Também está prevista a possibilidade de conversão de várias ações individuais numa ação coletiva. Para os interesses ou direitos difusos, o regime da coisa julgada é sempre de eficácia da sentença *erga omnes*, em caso de procedência ou improcedência do pedido, salvo quando a improcedência se der por insuficiência de provas, hipótese em que a demanda pode ser repetida, com novas provas. Esta solução já é tradicional nos países de Ibero-América, mas o Código avança, admitindo nova ação, com base em provas novas, no prazo de 2 (dois) anos a partir da descoberta de prova nova, superveniente ao processo coletivo (coisa julgada *secundum probationem*, como decorrência especial da cláusula *rebus sic stantibus*). Com relação aos interesses ou direitos individuais homogêneos, a escolha da legislação brasileira, mantida no Código, é da coisa julgada *secundum eventum litis*: ou seja, a coisa julgada positiva atua *erga omnes*, beneficiando a todos os membros do grupo; mas a coisa julgada negativa só atinge os legitimados às ações coletivas, podendo cada indivíduo, prejudicado pela sentença, opor-se à coisa julgada, ajuizando sua ação individual, no âmbito pessoal. Outras normas cuidam do transporte, *in utilibus*, da coisa julgada positiva resultante de uma ação em defesa de interesses ou direitos difusos, em proveito das vítimas individuais do mesmo evento danoso.

O Capítulo VI introduz uma absoluta novidade para os ordenamentos de *civil law*: a ação coletiva passiva, ou seja a *defendant class action* do sistema norte-americano. Preconizada pela doutrina brasileira, objeto de tímidas tentativas na práxis, a ação coletiva passiva, conquanto mais rara, não pode ser ignorada num sistema de processos coletivos. A ação, nesses casos, é proposta não pela classe, mas contra ela. O Código exige que se trate de uma coletividade organizada de pessoas, ou que o grupo tenha representante adequado, e que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual e seja de relevância social. A questão principal que se punha, nesses casos, era o do regime da coisa julgada: em obséquio ao princípio geral de que a sentença só pode favorecer os integrantes do grupo quando se trata de direitos ou interesses individuais homogêneos, o mesmo princípio devia ser mantido quando a

classe figurasse no pólo passivo da demanda. Assim, quando se trata de bens jurídicos de natureza indivisível (interesses difusos), o regime da coisa julgada é *erga omnes*, simetricamente ao que ocorre quando o grupo litiga no polo ativo (mas sem o temperamento da improcedência por insuficiência de provas, inadequado quando a classe se coloca no polo passivo); mas, quando se trata de bens jurídicos de natureza divisível (interesses ou direitos individuais homogêneos), a coisa julgada positiva não vinculará os membros do grupo, categoria ou classe, que poderão mover ações próprias ou discutir a sentença no processo de execução, para afastar a eficácia da sentença em sua esfera jurídica individual. *Mutatis mutandis*, é o mesmo tratamento da coisa julgada *secundum eventum litis* para os interesses ou direitos individuais homogêneos, quando a classe litiga no polo ativo. No entanto, tratando-se de ação movida contra o sindicato, a coisa julgada, mesmo positiva, abrangerá sem exceções os membros da categoria, dada a posição constitucional que em muitos países o sindicato ocupa e sua representatividade adequada, mais sólida do que a das associações.

Por último, o Capítulo VII trata das disposições finais, contemplando uma recomendação ao intérprete e determinando a aplicação subsidiária dos diversos Códigos de Processo Civil e legislações especiais pertinentes, no que não forem incompatíveis.

7. Em conclusão, o Código ora apresentado, sem desprezar as experiências de tutela jurisdicional dos direitos e interesses transindividuais de diversos países, cria um modelo original, aderente às regras pré-existentes nos ordenamentos ibero-americanos, que aperfeiçoa e complementa. Desse modo, acaba perdendo qualquer característica nacional e se constitui num verdadeiro sistema ibero-americano de processos coletivos, harmonioso e completo, que poderá ser tomado como modelo pelos países de nossa comunidade, empenhados na transformação de um processo individualista num processo social.

Outubro de 2004.

A Comissão Revisora

INSTITUTO IBERO-AMERICANO DE DIREITO PROCESSUAL CÓDIGO MODELO DE PROCESSOS COLETIVOS PARA IBERO-AMÉRICA

Capítulo I DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1.º *Cabimento da ação coletiva* - A ação coletiva será exercida para a tutela de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato ou vinculadas, entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base;

II - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendido o conjunto de direitos subjetivos individuais, decorrentes de origem comum, de que sejam titulares os membros de um grupo, categoria ou classe.

Art. 2.º *Requisitos da ação coletiva* - São requisitos da demanda coletiva:

I – a adequada representatividade do legitimado;

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

§1º. Para a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos, além dos requisitos indicados nos ns. I e II deste artigo, é também necessária a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto.

§2º. Na análise da representatividade adequada o juiz deverá analisar dados como:

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

§3º. O juiz analisará a existência do requisito da representatividade adequada a qualquer tempo e em qualquer grau do procedimento, aplicando, se for o caso, o disposto no parágrafo 4º do artigo 3º.

Art. 3º. Legitimação ativa. São legitimados concorrentemente à ação coletiva:

I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato;

II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos;

III - o Ministério Público, o Defensor do Povo e a Defensoria Pública;

IV – as pessoas jurídicas de direito público interno;

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

VI – as entidades sindicais, para a defesa dos interesses e direitos da categoria;

VII - os partidos políticos, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais.

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

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

§2º. Será admitido o litisconsórcio facultativo entre os legitimados.

§3º. Em caso de relevante interesse social, o Ministério Público, se não ajuizar a ação ou não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§4º. Em caso de inexistência do requisito da representatividade adequada, de desistência infundada ou abandono da ação por pessoa física, entidade sindical ou associação legitimada, o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados adequados para o caso a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação.

§5º. O Ministério Público e os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso administrativo de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Capítulo II

DOS PROVIMENTOS JURISDICIONAIS

Art. 4º. *Efetividade da tutela jurisdicional* - Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Art. 5º. *Tutela jurisdicional antecipada* - O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, com base em prova consistente, se convença da verossimilhança da alegação e

I - haja fundado receio de ineficácia do provimento final ou

II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do demandado.

§1º. Não se concederá a antecipação da tutela se houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, a menos que, num juízo de ponderação dos valores em jogo, a denegação da medida signifique sacrifício irrazoável de bem jurídico relevante.

§2º. Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões de seu convencimento.

§3º. A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§4º. Se não houver controvérsia quanto à parte antecipada na decisão liminar, após a oportunidade de contraditório esta se tornará definitiva e fará coisa julgada, prosseguindo o processo, se for o caso, para julgamento dos demais pontos ou questões postos na demanda.

Art. 6º. *Obrigações de fazer e não fazer* - Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

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

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

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

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

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

Art. 7º. *Obrigações de dar* - Na ação que tenha por objeto a obrigação de entregar coisa, determinada ou indeterminada, aplicam-se, no que couber, as disposições do artigo anterior.

Art. 8º. *Ação indenizatória* - Na ação condenatória à reparação dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, a indenização reverterá ao Fundo dos Direitos Difusos e Individuais Homogêneos, administrado por um Conselho Gestor governamental, de que participarão necessariamente membros do Ministério Público, juízes e representantes da

comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados ou, não sendo possível, à realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado.

§1º. O Fundo será notificado da propositura de toda ação coletiva e sobre as decisões mais importantes do processo e poderá intervir nos processos coletivos em qualquer tempo e grau de jurisdição para demonstrar a inadequação do representante ou auxiliá-lo na tutela dos interesses ou direitos do grupo, categoria ou classe;

§2º. O Fundo manterá registros que especifiquem a origem e a destinação dos recursos e indicará a variedade dos bens jurídicos a serem tutelados e seu âmbito regional;

§3º. Dependendo da especificidade do bem jurídico afetado, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias consideradas relevantes, o juiz poderá especificar, em decisão fundamentada, a destinação da indenização e as providências a serem tomadas para a reconstituição dos bens lesados, podendo indicar a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado;

§4º. A decisão que especificar a destinação da indenização indicará, de modo claro e preciso, as medidas a serem tomadas pelo Conselho Gestor do Fundo, bem como um prazo razoável para que tais medidas sejam concretizadas;

§5º. Vencido o prazo fixado pelo juiz, o Conselho Gestor do Fundo apresentará relatório das atividades realizadas, facultada, conforme o caso, a solicitação de sua prorrogação, para complementar as medidas determinadas na decisão judicial.

Capítulo III DOS PROCESSOS COLETIVOS EM GERAL

Art. 9º. Competência territorial - É competente para a causa o foro:

I – do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II – da Capital, para os danos de âmbito regional ou nacional, aplicando-se as regras pertinentes de organização judiciária.

Art. 10. Pedido e causa de pedir - Nas ações coletivas, o pedido e a causa de pedir serão interpretados extensivamente.

§1º. Ouvidas as partes, o juiz permitirá a emenda da inicial para alterar ou ampliar o objeto da demanda ou a causa de pedir.

§2º. O juiz permitirá a alteração do objeto do processo a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado.

Art. 11. Audiência preliminar - Encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

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

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

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

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

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

I – decidirá se a ação tem condições de prosseguir na forma coletiva;

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

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

IV – esclarecerá os encargos das partes quanto à distribuição do ônus da prova, de acordo com o disposto no parágrafo 1º do artigo 12.

Art. 12. Provas - São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

§1º. O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração. Não obstante, 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 à 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, condenado-se o demandado sucumbente ao reembolso. Se assim mesmo a prova não puder ser obtida, o juiz poderá ordenar sua realização, a cargo ao Fundo de Direitos Difusos e Individuais Homogêneos.

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

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

Art.13. Julgamento antecipado do mérito - O juiz decidirá desde logo a demanda pelo mérito, quando não houver necessidade de produção de prova.

Parágrafo único. O juiz poderá decidir desde logo parte da demanda, quando não houver necessidade de produção de prova, sempre que isso não importe em prejulgamento direto ou indireto do litígio que continuar pendente de decisão, prosseguindo o processo para a instrução e julgamento em relação aos demais pedidos nos autos principais e a parte antecipada em autos complementares.

Art. 14. Legitimação à liquidação e execução da sentença condenatória - Decorridos 60 (sessenta) dias da passagem em julgado da sentença de procedência, sem que o autor promova a liquidação ou execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, quando se tratar de interesse público relevante, facultada igual iniciativa, em todos os casos, aos demais legitimados.

Art. 15. Custas e honorários - Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença condenará o demandado, se vencido, nas custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, bem como em honorários de advogados.

§1º. No cálculo dos honorários, o juiz levará em consideração a vantagem para o grupo, categoria ou classe, a quantidade e qualidade do trabalho desenvolvido pelo advogado e a complexidade da causa.

§2º. Se o legitimado for pessoa física, sindicato ou associação, o juiz poderá fixar gratificação financeira quando sua atuação tiver sido relevante na condução e êxito da ação coletiva.

§3º. 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.

§4º. O litigante de má-fé e os responsáveis pelos respectivos atos serão solidariamente condenados ao pagamento das despesas processuais, em honorários advocatícios e no décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

Art. 16. Prioridade de processamento - O juiz deverá dar prioridade ao processamento da ação coletiva, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

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

Art.18. Efeitos da apelação – A apelação da sentença definitiva tem efeito meramente devolutivo, salvo quando a fundamentação for relevante e puder resultar à parte lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz pode atribuir ao recurso efeito suspensivo.

Art.19. 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 exequente, que responde pelos prejuízos causados ao executado, em caso de reforma da sentença recorrida.

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

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

Capítulo IV DA AÇÃO COLETIVA PARA A DEFESA DE INTERESSES OU DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Art. 20. Ação coletiva de responsabilidade civil - Os legitimados poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, dentre outras (art.4º), ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes.

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

Art. 21. Citação e notificações - Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu e a publicação de edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como assistentes ou coadjuvantes.

§1º. Sem prejuízo da publicação do edital, o juiz determinará sejam os órgãos e entidades de defesa dos interesses ou direitos protegidos neste Código notificados da existência da demanda coletiva e de seu trânsito em julgado a fim de que cumpram o disposto no *caput* deste artigo.

§2º. Quando for possível a execução do julgado, ainda que provisória, ou estiver preclusa a decisão antecipatória dos efeitos da tutela pretendida, o juiz determinará a publicação de edital no órgão oficial, às custas do demandado, impondo-lhe, também, o dever de divulgar nova informação pelos meios de comunicação social, observado o critério da modicidade do custo. Sem prejuízo das referidas providências, o juízo providenciará a comunicação aos órgãos e entidades de defesa dos interesses ou direitos protegidos neste código, para efeito do disposto no parágrafo anterior.

§3º. Os intervenientes não poderão discutir suas pretensões individuais no processo coletivo de conhecimento.

Art. 22. Sentença condenatória - Em caso de procedência do pedido, a condenação poderá ser genérica, fixando a responsabilidade do demandado pelos danos causados e o dever de indenizar.

§1º. Sempre que possível, o juiz calculará o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo na própria ação coletiva

§2º. 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 individual.

§3º. O membro do grupo que considerar que o valor da indenização individual ou a fórmula para seu cálculo diverso do estabelecido na sentença coletiva, poderá propor ação individual de liquidação.

Art. 23. Liquidação e execução individuais - A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados à ação coletiva.

Parágrafo único. Na liquidação da sentença, que poderá ser promovida no foro do domicílio do liquidante, caberá a este provar, tão só, o dano pessoal, o nexo de causalidade e o montante da indenização.

Art. 24. Execução coletiva - A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados à ação coletiva, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiverem sido fixadas em liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções.

Parágrafo único. A execução coletiva far-se-á com base em certidão das decisões de liquidação, da qual constará a ocorrência, ou não, do trânsito em julgado.

Art. 25. Do pagamento. O pagamento das indenizações ou o levantamento do depósito será feito pessoalmente aos beneficiários.

Art. 26. Competência para a execução - É competente para a execução o juízo:

- I - da liquidação da sentença ou da ação condenatória, no caso de execução individual;
- II - da ação condenatória, quando coletiva a execução.

Art. 27. *Liquidação e execução pelos danos globalmente causados* - Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do artigo 3º promover a liquidação e execução coletiva da indenização devida pelos danos causados.

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

Art. 28. *Concurso de créditos* - Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação de que trata o artigo 6º e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento.

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

(Suprimir: §2º. Quando não for possível a identificação dos interessados, o produto da indenização reverterá para o Fundo de Direitos Difusos e Individuais Homogêneos).

Capítulo V **DA CONEXÃO, DA LITISPENDÊNCIA** **E DA COISA JULGADA**

Art. 29. *Conexão* - Se houver conexão entre as causas coletivas, ficará prevento o juízo que conheceu da primeira ação, podendo ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a reunião de todos os processos, mesmo que nestes não atuem integralmente os mesmos sujeitos processuais.

Art. 30. *Litispendência* - A primeira ação coletiva induz litispendência para as demais ações coletivas que tenham por objeto controvérsia sobre o mesmo bem jurídico, mesmo sendo diferentes o legitimado ativo e a causa de pedir.

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

Parágrafo único. 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 no caso da demanda individual ser rejeitada.

Art. 32. *Conversão de ações individuais em ação coletiva*. O juiz, tendo conhecimento da existência de diversos processos individuais correndo contra o mesmo demandado, com o mesmo fundamento, notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros representantes adequados, a fim de que proponham, querendo, ação coletiva, ressalvada aos autores individuais a faculdade prevista no artigo anterior.

Art. 33. *Coisa julgada* - Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de

provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova.

§1º. Mesmo na hipótese de improcedência fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, no prazo de (2) anos contados da descoberta de prova nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea, por si só, para mudar de resultado.

§2º. Tratando-se de interesses ou direitos individuais homogêneos, em caso de improcedência do pedido, os interessados poderão propor ação de indenização a título individual.

§3º. Os efeitos da coisa julgada nas ações em defesa de interesses ou direitos difusos não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos artigos 22 a 24.

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

§5º. A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*.

Art. 34. *Relações jurídicas continuativas* - Nas relações jurídicas continuativas, se sobrevier modificação no estado de fato ou de direito, a parte poderá pedir a revisão do que foi estatuído por sentença.

Capítulo VI DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA

Art. 35. *Ações contra o grupo, categoria ou classe* - Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do parágrafo 2º do artigo 2º deste código, e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual (artigo 1º) e se revista de interesse social.

Art. 36. *Coisa julgada passiva: interesses ou direitos difusos* - Quando se tratar de interesses ou direitos difusos, a coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe.

Art. 37. *Coisa julgada passiva: interesses ou direitos individuais homogêneos* - Quando se tratar de interesses ou direitos individuais homogêneos, a coisa julgada atuará *erga omnes* no plano coletivo, mas a sentença de procedência não vinculará os membros do grupo, categoria ou classe, que poderão mover ações próprias ou defender-se no processo de execução para afastar a eficácia da decisão na sua esfera jurídica individual.

Parágrafo único. Quando a ação coletiva passiva for promovida contra o sindicato, como substituto processual da categoria, a coisa julgada terá eficácia *erga omnes*, vinculando individualmente todos os membros, mesmo em caso de procedência do pedido.

Art. 38. *Aplicação complementar às ações passivas* – Aplica-se complementarmente às ações coletivas passivas o disposto neste Código quanto às ações coletivas ativas, no que não for incompatível.

Capítulo VII

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 39. *Princípios de interpretação* - Este código será interpretado de forma aberta e flexível, compatível com a tutela coletiva dos interesses e direitos de que trata.

Art. 40. *Especialização dos magistrados* - Sempre que possível, as ações coletivas serão processadas e julgadas por magistrados especializados.

Art. 41. *Aplicação subsidiárias das normas processuais gerais e especiais* - Aplicam-se subsidiariamente, no que não forem incompatíveis, as disposições do Código de Processo Civil e legislação especial pertinente.

Agosto de 2004.

ANEXO IV

ANTEPROJETO DE CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS (IBDP)⁷⁵

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

1. A Lei n. 7.347/85 – a denominada lei da ação civil pública - acaba de completar 20 anos. Há muito com o que se regozijar, mas também resta muito a fazer. Não há dúvidas de que a lei revolucionou o direito processual brasileiro, colocando o país numa posição de vanguarda entre os países de *civil law* e ninguém desconhece os excelentes serviços prestados à comunidade na linha evolutiva de um processo individualista para um processo social. Muitos são seus méritos, ampliados e coordenados pelo sucessivo Código de Defesa do Consumidor, de 1990. Mas antes mesmo da entrada em vigor do CDC, e depois de sua promulgação, diversas leis regularam a ação civil pública, em dispositivos esparsos e às vezes colidentes. Podem-se, assim, citar os artigos 3º, 4º, 5º, 6º e 7º da Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989; o artigo 3º da Lei n. 7.913, de 7 de dezembro de 1989; os artigos 210, 211, 212, 213, 215, 217, 218, 219, 222, 223 e 224 da Lei n. 8.069, de 13 de junho de 1990; o artigo 17 da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992; o artigo 2º da Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997; e os artigos 80, 81, 82, 83, 85, 91, 92 e 93 da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003.

Outras dificuldades têm sido notadas pela concomitante aplicação à tutela de direitos ou interesses difusos e coletivos da Ação Civil Pública e da Ação Popular constitucional, acarretando problemas práticos quanto à conexão, à continência e à prevenção, assim como reguladas pelo CPC, o qual certamente não tinha e não tem em vista o tratamento das relações entre processos coletivos. E mesmo entre diversas ações civis públicas, concomitantes ou sucessivas, têm surgido problemas que geraram a multiplicidade de liminares, em sentido oposto, provocando um verdadeiro caos processual que foi necessário resolver mediante a suscitação de conflitos de competência perante o STJ. O que indica, também, a necessidade de regular de modo diverso a questão da competência concorrente. Seguro indício dos problemas suscitados pela competência concorrente é a proposta de Emenda Constitucional que atribui ao STJ a escolha do juízo competente para processar e julgar a demanda coletiva.

Assim, não se pode desconhecer que 20 anos de aplicação da LACP, com os aperfeiçoamentos trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor, têm posto à mostra não apenas seus méritos, mas também suas falhas e insuficiências, gerando reações, quer do legislativo, quer do executivo, quer do judiciário, que objetivam limitar seu âmbito de aplicação. No campo do governo e do Poder Legislativo, vale lembrar, por exemplo, medidas provisórias e leis que tentaram limitar os efeitos da sentença ao âmbito territorial do juiz, que restringiram a utilização de ações civis públicas contra a Fazenda Pública e por parte das associações – as quais, aliás, necessitam de estímulos para realmente ocuparem o lugar de legitimados ativos que lhes compete. E, no campo jurisdicional, podemos lembrar as posições contrárias à legitimação das defensorias públicas, ao controle difuso da constitucionalidade na ação civil pública, à extração de carta de sentença para execução provisória por parte do beneficiário que não foi parte da fase de conhecimento do processo coletivo, assim como, de um modo geral, a interpretação rígida das normas do processo, sem a necessária flexibilização da técnica processual.

⁷⁵ Fonte: GRINOVER, A. P. et al. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law – uma análise de direito comparado*. 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

E ainda: a aplicação prática das normas brasileiras sobre processos coletivos (ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo) tem apontado para dificuldades práticas decorrentes da atual legislação: assim, por exemplo, dúvidas surgem quanto à natureza da competência territorial (absoluta ou relativa), sobre a litispendência (quando é diverso o legitimado ativo), a conexão (que, rigidamente interpretada, leva à proliferação de ações coletivas e à multiplicação de decisões contraditórias), à possibilidade de se repetir a demanda em face de prova superveniente e a de se intentar ação em que o grupo, categoria ou classe figure no polo passivo da demanda.

Por outro lado, a evolução doutrinária brasileira a respeito dos processos coletivos autoriza a elaboração de um verdadeiro Direito Processual Coletivo, como ramo do direito processual civil, que tem seus próprios princípios e institutos fundamentais, diversos dos do Direito Processual Individual. Os institutos da legitimação, competência, poderes e deveres do juiz e do Ministério Público, conexão, litispendência, liquidação e execução da sentença, coisa julgada, entre outros, têm feição própria nas ações coletivas que, por isso mesmo, se enquadram numa Teoria Geral dos Processos Coletivos. Diversas obras, no Brasil, já tratam do assunto. E o país, pioneiro no tratamento dos interesses e direitos transindividuais e dos individuais homogêneos, por intermédio da LACP e do CDC, tem plena capacidade para elaborar um verdadeiro Código de Processos Coletivos, que mais uma vez o colocará numa posição de vanguarda, revisitando os princípios processuais e a técnica processual por intermédio de normas mais abertas e flexíveis, que propiciem a efetividade do processo coletivo.

2. Acresça-se a tudo isto a elaboração do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, aprovado nas Jornadas do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, na Venezuela, em outubro de 2004. Ou seja, de um Código que possa servir não só como repositório de princípios, mas também como modelo concreto para inspirar as reformas, de modo a tornar mais homogênea a defesa dos interesses e direitos transindividuais em países de cultura jurídica comum.

Deveu-se a Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi a elaboração da primeira proposta de um Código Modelo, proposta essa que aperfeiçoou as regras do microssistema brasileiro de processos coletivos, sem desprezar a experiência das *class-actions* norte-americanas. Muitas dessas primeiras regras, que foram aperfeiçoadas com a participação ativa de outros especialistas ibero-americanos (e de mais um brasileiro, Aluísio de Castro Mendes), passaram depois do Código Modelo para o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.

3. O Código Modelo foi profundamente analisado e debatido no Brasil, no final de 2003, ao ensejo do encerramento do curso de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, por professores e pós-graduandos da disciplina “Processos Coletivos”, ministrada em dois semestres por Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, para verificar como e onde suas normas poderiam ser incorporadas, com vantagem, pela legislação brasileira. E daí surgiu a ideia da elaboração de um Código Brasileiro de Processos Coletivos, que aperfeiçoasse o sistema, sem desfigurá-lo. Ada Pellegrini Grinover coordenou os trabalhos do grupo de pós-graduandos de 2003 que se dispôs a preparar propostas de Código Brasileiro de Processos Coletivos, progressivamente trabalhadas e melhoradas. O grupo inicialmente foi formado pelo doutorando Eurico Ferraresi e pelos mestrandos Ana Cândida Marcato, Antônio Guidoni Filho e Camilo Zufelato. Depois, no encerramento do curso de 2004, outra turma de pós-graduandos, juntamente com a primeira, aportou aperfeiçoamentos à proposta, agora também contando com a profícua

colaboração de Carlos Alberto Salles e Paulo Lucon. Nasceu assim a primeira versão do Anteprojeto, trabalhado também pelos mestrandos, doutorandos e professores da disciplina, durante o ano de 2005. O Instituto Brasileiro de Direito Processual, por intermédio de seus membros, ofereceu diversas sugestões. No segundo semestre de 2005, o texto foi analisado por grupos de mestrandos da UERJ e da Universidade Estácio de Sá, sob a orientação de Aluísio de Castro Mendes, daí surgindo mais sugestões. O IDEC também foi ouvido e aportou sua contribuição ao aperfeiçoamento do Anteprojeto. Colaboraram na redação final da primeira versão do Anteprojeto juizes das Varas especializadas já existentes no país. Foram ouvidos membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e de diversos Estados, que trouxeram importantes contribuições. Enfim, a primeira versão do Anteprojeto foi apresentada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual ao Ministério da Justiça, em dezembro de 2005. Submetido a consulta pública, sugestões de aperfeiçoamento vieram de órgãos públicos (Casa Civil, Secretaria de Assuntos Legislativos, PGFN e Fundo dos Interesses Difusos), bem como dos Ministérios Públicos de Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul e São Paulo. Após novos debates, as sugestões foram criteriosamente examinadas por professores e pós-graduandos da turma de 2006 da disciplina “Processos Coletivos” da Faculdade de Direito da USP e diversas delas foram incorporadas ao Anteprojeto. Este é agora reapresentado ao Ministério da Justiça, como versão final, datada de dezembro de 2006.

4. Em síntese, pode-se afirmar que a tônica do Anteprojeto é a de manter, em sua essência, as normas da legislação em vigor, aperfeiçoando-as por intermédio de regras não só mais claras, mas sobretudo mais flexíveis e abertas, adequadas às demandas coletivas. Corresponde a essa necessidade de flexibilização da técnica processual um aumento dos poderes do juiz – o que, aliás, é uma tendência até do processo civil individual. Na revisitação da técnica processual, são pontos importantes do Anteprojeto a reformulação do sistema de preclusões – sempre na observância do contraditório -, a reestruturação dos conceitos de pedido e causa de pedir – a serem interpretados extensivamente – e de conexão, continência e litispendência – que devem levar em conta a identidade do bem jurídico a ser tutelado; o enriquecimento da coisa julgada, com a previsão do julgado *secundum eventum probationis*; a ampliação dos esquemas da legitimação, para garantir maior acesso à justiça, mas com a paralela observância de requisitos que configuram a denominada “representatividade adequada” e põem em realce o necessário aspecto social da tutela dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, colocando a proteção dos direitos fundamentais de terceira geração a salvo de uma indesejada banalização.

5. O Anteprojeto engloba os atuais processos coletivos brasileiros – com exceção dos relativos ao controle da constitucionalidade, que não se destinam à defesa de interesses ou direitos de grupos, categorias ou classes de pessoas -, sendo constituído de VI Capítulos.

O Capítulo I inicia-se com a enumeração dos princípios gerais da tutela jurisdicional coletiva. Não foi incorporado no texto a exclusão de certas demandas, pela matéria, hoje constante do parágrafo único do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, uma vez que representa uma injustificada vulneração aos princípios do acesso à justiça, da universalidade de jurisdição e da economia processual, bem como inaceitável privilégio da Fazenda Pública. O Capítulo cuida das demandas coletivas em geral, aplicando-se a todas elas e tratando de manter diversos dispositivos vigentes, mas também regravando matérias novas ou reformuladas – como o pedido e a causa de pedir, a conexão e a continência, a relação entre ação coletiva e ações individuais, a questão dos processos individuais repetitivos. Também novas são as normas sobre interrupção da prescrição, a prioridade de processamento da demanda coletiva sobre as individuais e a utilização de meios eletrônicos para a prática de atos processuais, a preferência pelo processamento e julgamento por juízos especializados, a previsão de

gratificação financeira para segmentos sociais que atuem na condução do processo. A questão do ônus da prova é revisitada, dentro da moderna teoria da carga dinâmica da prova. As normas sobre coisa julgada, embora atendo-se ao regime vigente, são simplificadas, contemplando, como novidade, a possibilidade de repropositura da ação, no prazo de 2 (dois) anos contados do conhecimento geral da descoberta de prova nova, superveniente, idônea para mudar o resultado do primeiro processo e que neste não foi possível produzir. Os efeitos da apelação e a execução provisória têm regime próprio, adequado às novas tendências do direito processual, e subtraindo-se a sentença proferida no processo coletivo do reexame necessário.

O Capítulo II, dividido em duas seções, trata da ação coletiva. Preferiu-se essa denominação à tradicional de “ação civil pública”, não só por razões doutrinárias, mas sobretudo para obstar a decisões que não têm reconhecido a legitimação de entidades privadas a uma ação que é denominada de “pública”. É certo que a Constituição alude à “ação civil pública”, mas é igualmente certo que o Código de Defesa do Consumidor já a rotula como “ação coletiva”. Certamente, a nova denominação não causará problemas práticos, dado o detalhamento legislativo a que ela é submetida. Trata-se apenas de uma mudança de nomenclatura, mais precisa e conveniente.

A Seção I deste Capítulo é voltada às disposições gerais, deixando-se expresso o cabimento da ação como instrumento do controle difuso de constitucionalidade. A grande novidade consiste em englobar nas normas sobre a legitimação ativa, consideravelmente ampliada, requisitos fixados por lei, correspondentes à categoria da “representatividade adequada”. A representatividade adequada é, assim, comprovada por critérios objetivos, legais, para a grande maioria dos legitimados, com exceção da pessoa física – à qual diversas constituições ibero-americanas conferem legitimação – em relação a quem o juiz aferirá a presença dos requisitos em concreto. Por outro lado, a exigência de representatividade adequada é essencial para o reconhecimento legal da figura da ação coletiva passiva, objeto do Capítulo III, em que o grupo, categoria ou classe de pessoas figura na relação jurídica processual como réu.

A regra de competência territorial é deslocada para esse Capítulo (no CDC figura indevidamente entre as regras que regem a ação em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, o que tem provocado não poucas discussões), eliminando-se, em alguns casos, a regra da competência concorrente entre Capitais dos Estados e Distrito Federal ou entre comarcas, motivo de proliferações de demandas e de decisões contraditórias. Para as demandas de índole nacional é fixada a competência territorial do Distrito Federal, único critério que possibilitará centralizá-las, evitando investidas do Legislativo atualmente consubstanciadas em proposta de Emenda Constitucional que pretende atribuir ao STJ a competência para decidir a respeito do foro competente. Regras de competência devem ser fixadas pela lei e não pelos tribunais. De outro lado, a relativa centralização da competência vem balanceada pela maior flexibilidade da legitimação entre os diversos órgãos do Ministério Público, que poderão atuar fora dos limites funcionais e territoriais de suas atribuições (quer em relação ao inquérito civil, quer em relação à propositura da demanda – conforme, aliás, já permite a Lei Nacional do Ministério Público). A mesma flexibilidade é atribuída a outros entes legitimados.

O inquérito civil é mantido nos moldes da Lei da Ação Civil Pública, mas se deixa claro que as peças informativas nele colhidas só poderão ser aproveitadas na ação coletiva desde que submetidas a contraditório, ainda que diferido. Afinal, a Constituição federal garante o contraditório no processo administrativo, conquanto não punitivo, em que haja “litigantes”

(ou seja, titulares de conflitos de interesses), obtendo-se de sua observância, como resultado, a maior possibilidade de lavratura do termo de ajustamento de conduta e da própria antecipação de tutela, com base nas provas colhidas no inquérito, que poderão atender ao requisito da “prova incontroversa”.

O termo de ajustamento de conduta é objeto de normas mais minuciosas, esbatendo dúvidas que existem nessa matéria a respeito dos procedimentos utilizados pelo Ministério Público.

Deixa-se ao Ministério Público maior liberdade para intervir no processo como fiscal da lei. A fixação do valor da causa é dispensada quando se trata de danos inestimáveis, evitando-se assim inúmeros incidentes processuais, mas seu valor será fixado na sentença. A audiência preliminar é tratada nos moldes de proposta legislativa existente para o processo individual, com o intuito de transformar o juiz em verdadeiro gestor do processo, dando-se ênfase aos meios alternativos de solução de controvérsias; deixa-se claro, aliás, até onde poderá ir a transação – outra dúvida que tem aparecido nas demandas coletivas – bem como seus efeitos no caso de acordo a que não adira o membro do grupo, categoria ou classe, em se tratando de direitos ou interesses individuais homogêneos. O Fundo dos Direitos Difusos e Coletivos, dividido em federal e estaduais, é regulamentado de modo a resguardar a destinação do dinheiro arrecadado, cuidando-se também do necessário controle e da devida transparência. Além disso, norma de relevante interesse para os autores coletivos atribui ao Fundo a responsabilidade pelo adiantamento dos custos das perícias, verba essa que deverá ser incluída no orçamento da União e dos Estados.

A Seção II do Capítulo II trata da ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos. E, com relação à ação de responsabilidade civil reparatória dos danos pessoalmente sofridos, inova no regime das notificações, necessárias não só no momento da propositura da demanda – como é hoje – mas também quando houver decisões que favoreçam os membros do grupo: com efeito, o desconhecimento da existência de liminares ou da sentença de procedência tem impedido aos beneficiados a fruição de seus direitos. Outra novidade está na sentença condenatória que, quando possível, não será genérica, mas poderá fixar a indenização devida aos membros do grupo, ressalvado o direito à liquidação individual. Estabelecem-se novas regras sobre a liquidação e a execução da sentença, coletiva ou individual, ampliando as regras de competência e a legitimação, tudo no intuito de facilitar a fruição dos direitos por parte dos beneficiários. É mantida a *fluid recovery*, mas com a novidade de que, enquanto não prescritas as pretensões individuais, o Fundo ficará responsável pelo pagamento, até o limite da importância que lhe foi recolhida.

O Capítulo III introduz no ordenamento brasileiro a ação coletiva passiva originária, ou seja, a ação promovida não pelo, mas contra o grupo, categoria ou classe de pessoas. A denominação pretende distinguir essa ação coletiva passiva de outras, derivadas, que decorrem de outros processos, como a que se configura, por exemplo, numa ação rescisória ou nos embargos do executado na execução por título extrajudicial. A jurisprudência brasileira vem reconhecendo o cabimento da ação coletiva passiva originária (a *defendant class action* do sistema norte-americano), mas sem parâmetros que rejam sua admissibilidade e o regime da coisa julgada. A pedra de toque para o cabimento dessas ações é a representatividade adequada do legitimado passivo, acompanhada pelo requisito do interesse social. A ação coletiva passiva será admitida para a tutela de interesses ou direitos difusos ou coletivos, pois esse é o caso que desponta na “*defendant class action*”, conquanto os efeitos da sentença possam colher individualmente os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas. Por

isso, o regime da coisa julgada é perfeitamente simétrico ao fixado para as ações coletivas ativas.

O Capítulo IV trata do mandado de segurança coletivo, até hoje sem disciplina legal. Deixa-se claro que pode ele ser impetrado, observados os dispositivos constitucionais, para a defesa de direito líquido e certo ligado a interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, espancando-se assim dúvidas doutrinárias e jurisprudenciais. Amplia-se a legitimação para abranger o MP, a Defensoria Pública e as entidades sindicais. De resto, aplicam-se ao mandado de segurança coletivo as disposições da Lei n. 1.533/51, no que não forem incompatíveis com a defesa coletiva, assim como o Capítulo I do Código, inclusive no que respeita às custas e honorários advocatícios.

O Capítulo V trata das ações populares, sendo a Seção I dedicada à ação popular constitucional. Aplicam-se aqui as disposições do Capítulo I e as regras da Lei n. 4.717/65, com a modificação de alguns artigos desta para dar maior liberdade de ação ao Ministério Público, para prever a cientificação do representante da pessoa jurídica de direito público e para admitir a repropositura da ação, diante de prova superveniente, nos moldes do previsto para a ação coletiva.

A Seção II do Capítulo V cuida da ação de improbidade administrativa que, embora rotulada pela legislação inerente ao MP como ação civil pública, é, no entanto, uma verdadeira ação popular (destinada à proteção do interesse público e não à defesa de interesses e direitos de grupos, categorias e classes de pessoas), com legitimação conferida por lei ao Ministério Público. Esta legitimação encontra embasamento no art.129, IX, da Constituição. Aqui também a lei de regência será a Lei n.8.429/92, aplicando-se à espécie as disposições do Capítulo I do Código, com exceção da interpretação extensiva do pedido e da causa de pedir, que não se coaduna com uma ação de índole sancionatória.

Finalmente, o Capítulo VI trata das disposições finais, criando o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, a ser organizado e mantido pelo Conselho Nacional de Justiça; traçando princípios de interpretação; determinando a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, no que não for incompatível, independentemente da Justiça competente e notadamente quanto aos recursos e dando nova redação a dispositivos legais (inclusive em relação à antecipação de tutela e à sua estabilização, nos moldes do *référé* francês e consoante Projeto de Lei do Senado). Revogam-se expressamente: a Lei da Ação Civil Pública e os arts. 81 a 104 do Código de Defesa do Consumidor (pois o Anteprojeto trata por completo da matéria); o §3º do art. 5º da Lei da Ação Popular, que fixa a prevenção da competência no momento da propositura da ação, colidindo com o princípio do Capítulo I do Anteprojeto; bem como diversos dispositivos de leis esparsas que se referem à ação civil pública, cujo cuidadoso levantamento foi feito por Marcelo Vigliar e que tratam de matéria completamente regulada pelo Anteprojeto.

A entrada em vigor do Código é fixada em cento e oitenta dias a contar de sua publicação.

6. Cumpre observar, ainda, que o texto ora apresentado representa um esforço coletivo, sério e equilibrado, no sentido de reunir, sistematizar e melhorar as regras brasileiras sobre processos coletivos, hoje existentes em leis esparsas, às vezes inconciliáveis entre si, harmonizando-as e conferindo-lhes tratamento consentâneo com a relevância jurídica, social e política dos interesses e direitos transindividuais e individuais homogêneos. Tudo com o objetivo de tornar sua aplicação mais clara e correta, de superar obstáculos e entraves que têm

surgido na prática legislativa e judiciária e de inovar na técnica processual, de modo a extrair a maior efetividade possível de importantes instrumentos constitucionais de direito processual.

São Paulo, janeiro de 2007.

Ada Pellegrini Grinover
Professora Titular de Direito Processual da USP
Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual

ANTEPROJETO DE CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS

Janeiro de 2007
Ministério da Justiça – Última versão
Incorporando sugestões da Casa Civil, Secretaria de Assuntos
Legislativos, PGFN e dos Ministérios Públicos de Minas Gerais,
Paraná, Rio Grande do Sul e São Paulo

Capítulo I DAS DEMANDAS COLETIVAS

Art. 1º. *Conteúdo do Código* – Este Código dispõe sobre os processos coletivos relativos às ações coletivas ativas, à ação coletiva passiva originária, ao mandado de segurança coletivo, à ação popular constitucional e à ação de improbidade administrativa.

Art. 2º. *Princípios da tutela jurisdicional coletiva* – São princípios da tutela jurisdicional coletiva:

- a) acesso à justiça e à ordem jurídica justa;
- b) universalidade da jurisdição;
- c) participação pelo processo e no processo;
- d) tutela coletiva adequada;
- e) boa-fé e cooperação das partes e de seus procuradores;
- f) cooperação dos órgãos públicos na produção da prova;
- g) economia processual;
- h) instrumentalidade das formas;
- i) ativismo judicial;
- j) flexibilização da técnica processual;
- k) dinâmica do ônus da prova;
- l) representatividade adequada;
- m) intervenção do Ministério Público em casos de relevante interesse social;
- n) não taxatividade da ação coletiva;
- o) ampla divulgação da demanda e dos atos processuais;
- p) indisponibilidade temperada da ação coletiva;

- q) continuidade da ação coletiva;
- r) obrigatoriedade do cumprimento e da execução da sentença;
- s) extensão subjetiva da coisa julgada, coisa julgada *secundum eventum litis e secundum probationem*;
- t) reparação dos danos materiais e morais;
- u) aplicação residual do Código de Processo Civil;
- v) proporcionalidade e razoabilidade.

Art. 3º. Efetividade da tutela jurisdicional – Para a defesa dos direitos e interesses 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.

§ 1º. O juiz, instaurado o contraditório, poderá desconsiderar a pessoa jurídica, nas hipóteses previstas no artigo 50 Código Civil e no artigo 4º da Lei n. 9.605/98.

§ 2º. Para a tutela dos interesses e direitos previstos nas alíneas II e III do artigo 3º e observada a disponibilidade do bem jurídico protegido, as partes poderão estipular convenção de arbitragem, a qual se regerá pelas disposições do Código de Processo Civil e da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Art. 4º. Objeto da tutela coletiva – A demanda coletiva será exercida para a tutela de:

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

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

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

Parágrafo único. A análise da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo poderá ser objeto de questão prejudicial, pela via do controle difuso.

Art. 5º. Pedido e causa de pedir – Nas ações coletivas, a causa de pedir e o pedido serão interpretados extensivamente, em conformidade com o bem jurídico a ser protegido.

Parágrafo único. A requerimento da parte interessada, até a prolação da sentença, o juiz permitirá a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado, mediante possibilidade de nova manifestação de quem figure no polo passivo da demanda, no prazo de 10 (dez) dias, com possibilidade de prova complementar, observado o §3º do artigo 10.

Art. 6º. Relação entre demandas coletivas – Observado o disposto no artigo 22 deste Código, as demandas coletivas de qualquer espécie poderão ser reunidas, de ofício ou a requerimento das partes, ficando prevento o juízo perante o qual a demanda foi distribuída em primeiro lugar, quando houver:

I – conexão, pela identidade de pedido ou causa de pedir ou da defesa, conquanto diferentes os legitimados ativos, e para os fins da ação prevista no Capítulo III, os legitimados passivos;

II – conexão probatória, desde que não haja prejuízo à duração razoável do processo;

III – continência, pela identidade de partes e causa de pedir, observado o disposto no inciso anterior, sendo o pedido de uma das ações mais abrangente do que o das demais.

§ 1º. Na análise da identidade do pedido e da causa de pedir, será considerada a identidade do bem jurídico a ser protegido.

§ 2º. Na hipótese de conexão entre ações coletivas referidas ao mesmo bem jurídico, o juiz prevento, até o início da instrução, deverá determinar a reunião de processos para

juízo conjunto e, iniciada a instrução, poderá determiná-la, desde que não haja prejuízo à duração razoável do processo;

§ 3º. Aplicam-se à litispendência as regras dos incisos I e III deste artigo, quanto à identidade de legitimados ativos ou passivos, e a regra de seu §1º, quanto à identidade do pedido e da causa de pedir ou da defesa.

Art. 7º. *Relação entre demanda coletiva e ações individuais* – A demanda coletiva não induz litispendência para as ações individuais em que sejam postulados direitos ou interesses próprios e específicos de seus autores, mas os efeitos da coisa julgada coletiva (art. 13 deste Código) não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 (trinta) dias, a contar da ciência efetiva da demanda coletiva nos autos da ação individual.

§ 1º. Cabe ao demandado informar o juízo da ação individual sobre a existência de demanda coletiva que verse sobre idêntico bem jurídico, sob pena de, não o fazendo, o autor individual beneficiar-se da coisa julgada coletiva mesmo no caso de a ação individual ser rejeitada.

§ 2º. A suspensão do processo individual perdurará até o trânsito em julgado da sentença coletiva, facultado ao autor requerer a retomada do curso do processo individual, a qualquer tempo, independentemente da anuência do réu, hipótese em que não poderá mais beneficiar-se da sentença coletiva.

§ 3º. O Tribunal, de ofício, por iniciativa do juiz competente ou a requerimento da parte, após instaurar, em qualquer hipótese, o contraditório, poderá determinar a suspensão de processos individuais em que se postule a tutela de interesses ou direitos referidos a relação jurídica substancial de caráter incindível, pela sua própria natureza ou por força de lei, a cujo respeito as questões devam ser decididas de modo uniforme e globalmente, quando houver sido ajuizada demanda coletiva versando sobre o mesmo bem jurídico.

§ 4º. Na hipótese do parágrafo anterior, a suspensão do processo perdurará até o trânsito em julgado da sentença coletiva, vedada ao autor a retomada do curso do processo individual antes desse momento.

Art. 8º. *Comunicação sobre processos repetitivos*. O juiz, tendo conhecimento da existência de diversos processos individuais correndo contra o mesmo demandado, com identidade de fundamento jurídico, notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados, a fim de que proponham, querendo, demanda coletiva, ressalvada aos autores individuais a faculdade prevista no artigo anterior.

Parágrafo único. Caso o Ministério Público não promova a demanda coletiva, no prazo de 90 (noventa) dias, o juiz, se considerar relevante a tutela coletiva, fará remessa das peças dos processos individuais ao Conselho Superior do Ministério Público, que designará outro órgão do Ministério Público para ajuizar a demanda coletiva, ou insistirá, motivadamente, no não ajuizamento da ação, informando o juiz.

Art. 9º. *Efeitos da citação* – A citação válida para a demanda coletiva interrompe o prazo de prescrição das pretensões individuais e transindividuais direta ou indiretamente relacionadas com a controvérsia, retroagindo o efeito à data da propositura da ação.

Art. 10. *Prioridade de processamento e utilização de meios eletrônicos* – O juiz deverá dar prioridade ao processamento da demanda coletiva sobre as individuais, servindo-se preferencialmente dos meios eletrônicos para a prática de atos processuais do juízo e das partes, observados os critérios próprios que garantam sua autenticidade.

Art. 11. *Provas* – São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

§ 1º. Sem prejuízo do disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.

§ 2º. O ônus da prova poderá ser invertido quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação, segundo as regras ordinárias de experiência, ou quando a parte for hipossuficiente.

§ 3º. Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa (parágrafo único do artigo 5º deste Código), o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para sua produção, observado o contraditório em relação à parte contrária (artigo 25, parágrafo 5º, inciso IV).

§ 4º. O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

§ 5º. Para a realização de prova técnica, o juiz poderá solicitar a elaboração de laudos ou relatórios a órgãos, fundações ou universidades públicas especializados na matéria.

Art. 12. Motivação das decisões judiciais - Todas as decisões deverão ser especificamente fundamentadas, especialmente quanto aos conceitos jurídicos indeterminados.

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

Art. 13. Coisa julgada – Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova.

§ 1º. Tratando-se de interesses ou direitos individuais homogêneos (art. 3º, III, deste Código), em caso de improcedência do pedido, os interessados poderão propor ação a título individual.

§ 2º. Os efeitos da coisa julgada nas ações em defesa de interesses ou direitos difusos ou coletivos (art. 4º, I e II, deste Código) não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste Código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 34 e 35.

§ 3º. Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

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

§ 5º. Mesmo na hipótese de sentença de improcedência, fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, no prazo de 2 (dois) anos contados do conhecimento geral da descoberta de prova nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea para mudar seu resultado.

§ 6º. A faculdade prevista no parágrafo anterior, nas mesmas condições, fica assegurada ao demandado da ação coletiva julgada procedente.

Art. 14. Efeitos do recurso da sentença definitiva – O recurso interposto contra a sentença tem efeito meramente devolutivo, salvo quando a fundamentação for relevante e puder resultar à parte lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz, ponderando os valores em jogo, poderá atribuir ao recurso efeito suspensivo.

Parágrafo único. As sentenças que julgam as demandas coletivas não se submetem ao reexame necessário.

Art. 15. Legitimação à liquidação e execução da sentença condenatória – Na hipótese de o autor da demanda coletiva julgada procedente não promover, em 120 (cento e vinte) dias, a liquidação ou execução da sentença, deverá fazê-lo o Ministério Público, quando se tratar de interesse público relevante, facultada igual iniciativa, em todos os casos, aos demais legitimados (art. 20 deste Código).

Art. 16. 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 exequente, que responde pelos prejuízos causados ao executado, em caso de reforma da sentença recorrida.

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

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

Art. 17. Custas e honorários – Nas demandas coletivas de que trata este código, a sentença condenará o demandado, se vencido, nas custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, bem como em honorários de advogados, calculados sobre a condenação.

§ 1º. Tratando-se de condenação a obrigação específica ou de condenação genérica, os honorários advocatícios serão fixados levando-se em consideração a vantagem para o grupo, categoria ou classe, a quantidade e qualidade do trabalho desenvolvido pelo advogado e a complexidade da causa.

§ 2º. O Poder Público, quando demandado e vencido, incorrerá na condenação prevista neste artigo.

§ 3º. Se o legitimado for pessoa física, entidade sindical ou de fiscalização do exercício das profissões, associação civil ou fundação de direito privado, o juiz, sem prejuízo da verba da sucumbência, poderá fixar gratificação financeira, a cargo do Fundo dos Direitos Difusos e Coletivos, quando sua atuação tiver sido relevante na condução e êxito da demanda coletiva, observados na fixação os critérios de razoabilidade e modicidade.

§ 4º. Os autores da demanda 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.

§ 5º. O litigante de má-fé e os responsáveis pelos respectivos atos serão solidariamente condenados ao pagamento das despesas processuais, em honorários advocatícios e em até o décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

Art. 18. Juízos especializados – Sempre que possível, as demandas coletivas de que trata este Código serão processadas e julgadas em juízos especializados.

Parágrafo único. Quando se tratar de liquidação e execução individuais dos danos sofridos em decorrência de violação a interesses ou direitos individuais homogêneos (artigo 34 deste Código), a competência para a tramitação dos processos será dos juízos residuais comuns.

Capítulo II

DA AÇÃO COLETIVA ATIVA

Seção I

Disposições gerais

Art. 19. Cabimento da ação coletiva ativa - A ação coletiva ativa será exercida para a tutela dos interesses e direitos mencionados no artigo 4º deste Código.

Art. 20. Legitimação - São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa:

I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, demonstrada por dados como:

- a) a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado;
- b) seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos;
- c) sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado;

II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos coletivos, e individuais homogêneos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, nos termos do inciso I deste artigo;

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

IV – a Defensoria Pública, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, quando a coletividade ou os membros do grupo, categoria ou classe forem necessitados do ponto de vista organizacional, e dos individuais homogêneos, quando os membros do grupo, categoria ou classe forem, ao menos em parte, hipossuficientes;

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

VI - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, bem como os órgãos do Poder Legislativo, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos indicados neste Código;

VII – as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, restritas as primeiras à defesa dos interesses e direitos ligados à categoria;

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

IX - as associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses ou direitos indicados neste Código, dispensadas a autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros.

§ 1º. Na defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, qualquer legitimado deverá demonstrar a existência do interesse social e, quando se tratar de direitos coletivos e individuais homogêneos, a coincidência entre os interesses do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda;

§ 2º. No caso dos incisos I e II deste artigo, o juiz poderá voltar a analisar a existência do requisito da representatividade adequada em qualquer tempo e grau de jurisdição, aplicando, se for o caso, o disposto no parágrafo seguinte.

§ 3º. Em caso de inexistência do requisito da representatividade adequada (incisos I e II deste artigo), o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados, a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação.

§ 4º. Em relação às associações civis e às fundações de direito privado, o juiz poderá dispensar o requisito da pré-constituição, quando haja manifesto interesse social evidenciado pelas características do dano, pela relevância do bem jurídico a ser protegido ou pelo reconhecimento de representatividade adequada (inciso I deste artigo).

§ 5º. Os membros do Ministério Público poderão ajuizar a ação coletiva perante a Justiça federal ou estadual, independentemente da pertinência ao Ministério Público da União, do Distrito Federal ou dos Estados, e, quando se tratar da competência da Capital do Estado (artigo 22, inciso III) ou do Distrito Federal (artigo 22, inciso IV), independentemente de seu âmbito territorial de atuação.

§ 6º. Será admitido o litisconsórcio facultativo entre os legitimados, inclusive entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados.

§ 7º. Em caso de relevante interesse social, cuja avaliação ficará a seu exclusivo critério, o Ministério Público, se não ajuizar a ação ou não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 8º. Havendo vício de legitimação, desistência infundada ou abandono da ação, o juiz aplicará o disposto no parágrafo 3º deste artigo.

§ 9º. Em caso de inércia do Ministério Público, aplica-se o disposto no parágrafo único do artigo 8º deste Código.

Art. 21. *Do termo de ajustamento de conduta* - Preservada a indisponibilidade do bem jurídico protegido, o Ministério Público e os órgãos públicos legitimados, agindo com critérios de equilíbrio e imparcialidade, poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta à lei, mediante fixação de modalidades e prazos para o cumprimento das obrigações assumidas e de multas por seu descumprimento.

§ 1º. Em caso de necessidade de outras diligências, os órgãos públicos legitimados poderão firmar compromisso preliminar de ajustamento de conduta.

§ 2º. Quando a cominação for pecuniária, seu valor deverá ser suficiente e necessário para coibir o descumprimento da medida pactuada e poderá ser executada imediatamente, sem prejuízo da execução específica.

§ 3º. O termo de ajustamento de conduta terá natureza jurídica de transação, com eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade de homologação judicial do compromisso, hipótese em que sua eficácia será de título executivo judicial.

Art. 22. *Competência territorial* – É absolutamente competente para a causa o foro:

I – do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II – de qualquer das comarcas ou sub-seções judiciárias, quando o dano de âmbito regional compreender até 3 (três) delas, aplicando-se no caso as regras de prevenção;

III - da Capital do Estado, para os danos de âmbito regional, compreendendo 4 (quatro) ou mais comarcas ou sub-seções judiciárias;

IV – de uma das Capitais do Estado, quando os danos de âmbito interestadual compreenderem até 3 (três) Estados, aplicando-se no caso as regras de prevenção;

V- do Distrito Federal, para os danos de âmbito interestadual que compreendam mais de 3 (três) Estados, ou de âmbito nacional.

§ 1º. A amplitude do dano será aferida conforme indicada na petição inicial da demanda.

§ 2º. Ajuizada a demanda perante juiz territorialmente incompetente, este remeterá incontinenti os autos ao juízo do foro competente, sendo vedada ao primeiro juiz a apreciação de pedido de antecipação de tutela.

§ 3º. No caso de danos de âmbito nacional, interestadual e regional, o juiz competente poderá delegar a realização da audiência preliminar e da instrução ao juiz que ficar mais próximo dos fatos.

§ 4º. Compete ao juiz estadual, nas comarcas que não sejam sede da Justiça federal, processar e julgar a ação coletiva nas causas de competência da Justiça federal.

Art. 23. *Inquérito civil* - O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, nos termos do disposto em sua Lei Orgânica, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias.

§ 1º. Aplica-se às atribuições do Ministério Público, em relação ao inquérito civil, o disposto no §5º do artigo 20 deste Código.

§ 2º. Nos casos em que a lei impuser sigilo, incumbe ao Ministério Público, ao inquirido e a seu advogado a manutenção do segredo.

§ 3º. A eficácia probante das peças informativas do inquérito civil dependerá da observância do contraditório, ainda que diferido para momento posterior ao da sua produção;

§ 4º. Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura de ação coletiva, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.

§ 5º. Os demais legitimados (art. 20 deste Código) poderão recorrer da decisão de arquivamento ao Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu regimento.

§ 6º. O órgão do Ministério Público que promover o arquivamento do inquérito civil ou das peças informativas encaminhará, no prazo de 3 (três) dias, sob pena de falta grave, os respectivos autos ao Conselho Superior do Ministério Público, para homologação e para as medidas necessárias à uniformização da atuação ministerial.

§ 7º. Deixando o Conselho de homologar a promoção do arquivamento, designará, desde logo, outro membro do Ministério Público para o ajuizamento da ação.

§ 8º. Constituem crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos ou informações, quando requisitados pelo Ministério Público.

Art. 24. *Da instrução da inicial e do valor da causa* – Para instruir a inicial, o legitimado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias.

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

§ 2º. Somente nos casos em que a defesa da intimidade ou o interesse social, devidamente justificados, exigirem o sigilo, poderá ser negada certidão ou informação.

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

§ 4º. Na hipótese de ser incomensurável ou inestimável o valor dos danos coletivos, fica dispensada a indicação do valor da causa na petição inicial, cabendo ao juiz fixá-lo em sentença.

Art. 25 - Audiência preliminar – Encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

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

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

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

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

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

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

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

III – decidirá a respeito do litisconsórcio e da intervenção de terceiros, esta admissível até o momento do saneamento do processo, vedada a denúncia da lide na hipótese do

artigo 13, parágrafo único, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor.

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

V – Na hipótese do inciso anterior, esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova, de acordo com o disposto no §1º do art. 11 deste Código, e sobre a possibilidade de ser determinada, no momento do julgamento, sua inversão, nos termos do §2º do mesmo artigo;

VI – Se não houver necessidade de audiência de instrução e julgamento, de acordo com a natureza do pedido e as provas documentais juntadas pelas partes ou requisitadas pelo juiz, sobre as quais tenha incidido o contraditório, simultâneo ou sucessivo, julgará antecipadamente a lide.

Art. 26. Ação reparatória – Na ação reparatória dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, sempre que possível e independentemente de pedido do autor, a condenação consistirá na prestação de obrigações específicas, destinadas à compensação do dano sofrido pelo bem jurídico afetado, nos termos do art. 461 e parágrafos do Código de Processo Civil.

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

§ 2º. Somente quando impossível a condenação no cumprimento de obrigações específicas, o juiz condenará o réu, em decisão fundamentada, ao pagamento de indenização, independentemente de pedido do autor, a qual reverterá ao Fundo de Direitos Difusos e Coletivos, de natureza federal ou estadual, de acordo com a Justiça competente (art. 27 deste Código).

Art. 27. Do Fundo dos Direitos Difusos e Coletivos - O Fundo será administrado por um Conselho Gestor federal ou por Conselhos Gestores estaduais, dos quais participarão necessariamente, em composição paritária, membros do Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à realização de atividades tendentes a minimizar as lesões ou a evitar que se repitam, dentre outras que beneficiem os bens jurídicos prejudicados, bem como a antecipar os custos das perícias necessárias à defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos e a custear o prêmio previsto no §3º do artigo 17.

§ 1º. Além da indenização oriunda da sentença condenatória, prevista no §2º do art. 26, e da execução pelos danos globalmente causados, de que trata o §3º do art. 36, ambos deste Código, constitui receita do Fundo, dentre outras, o produto da arrecadação de multas, inclusive as decorrentes do descumprimento de compromissos de ajustamento de conduta.

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

§ 3º. O Fundo será notificado da propositura de toda ação coletiva e sobre as decisões mais importantes do processo, podendo nele intervir em qualquer tempo e grau de jurisdição na função de *amicus curiae*.

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

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

Seção II

Da ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos

Art. 28. *Da ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos* – A ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos será exercida para a tutela do conjunto de direitos ou interesses individuais, decorrentes de origem comum, de que sejam titulares os membros de um grupo, categoria ou classe.

§ 1º. Para a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos, além dos requisitos indicados no art. 19 deste Código, é necessária a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto.

§ 2º. A determinação dos interessados poderá ocorrer no momento da liquidação ou execução do julgado, não havendo necessidade de a petição inicial vir acompanhada da respectiva relação nominal.

Art. 29. *Ação de responsabilidade civil* – Os legitimados poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, dentre outras (art. 2.º deste Código), ação coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes.

Art. 30. *Citação e notificações* – Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu e a publicação de edital, de preferência resumido, no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como assistentes, observado o disposto no parágrafos 5º e 6º deste artigo.

§ 1º. Sem prejuízo da publicação do edital, o juiz determinará sejam os órgãos e entidades de defesa dos interesses ou direitos indicados neste Código comunicados da existência da demanda coletiva e de seu trânsito em julgado, a serem também comunicados ao Cadastro Nacional de Processos Coletivos

§ 2º. Concedida a tutela antecipada e sendo identificáveis os beneficiários, o juiz determinará ao demandado que informe os interessados sobre a opção de exercerem, ou não, o direito à fruição da medida.

§ 3º. Descumprida a determinação judicial de que trata o parágrafo anterior, o demandado responderá, no mesmo processo, pelos prejuízos causados aos beneficiários.

§ 4º. Quando for possível a execução do julgado, ainda que provisória, o juiz determinará a publicação de edital no órgão oficial, às expensas do demandado, impondo-lhe, também, o dever de divulgar, pelos meios de comunicação social, nova informação, compatível com a extensão ou gravidade do dano, observado o critério da modicidade do custo. Sem prejuízo das referidas providências, o juízo providenciará a comunicação aos órgãos e entidades de defesa dos interesses ou direitos indicados neste Código, bem como ao Cadastro Nacional de Processos Coletivos.

§ 5º. A apreciação do pedido de assistência far-se-á em autos apartados, sem suspensão do feito, recebendo o interveniente o processo no estado em que se encontre.

§ 6º. Os intervenientes não poderão discutir suas pretensões individuais na fase de conhecimento do processo coletivo.

Art. 31. *Efeitos da transação* - As partes poderão transacionar, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de não aderir à transação, propondo ação a título individual.

Art. 32 - Sentença condenatória – Sempre que possível, o juiz fixará na sentença o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo, categoria ou classe.

§ 1º. Quando o valor dos danos individuais 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 de cálculo da indenização individual.

§ 2º. O membro do grupo, categoria ou classe que divergir quanto ao valor da indenização individual ou à fórmula para seu cálculo, estabelecidos na sentença coletiva, poderá propor ação individual de liquidação.

§ 3º. Não sendo possível a prolação de sentença condenatória líquida, a condenação poderá ser genérica, fixando a responsabilidade do demandado pelos danos causados e o dever de indenizar.

Art. 33. *Competência para a liquidação e execução* – É competente para a liquidação e execução o juízo:

I - da fase condenatória da ação ou da sede do legitimado à fase de conhecimento, quando coletiva a liquidação ou execução.

II – da fase condenatória, ou do domicílio da vítima ou sucessor, no caso de liquidação ou execução individual.

§ 1º. O exequente poderá optar pelo juízo do local onde se encontrem bens sujeitos à expropriação.

§ 2º. Quando a competência para a liquidação e execução não for do juízo da fase de conhecimento, o executado será citado, seguindo a execução o procedimento do art. 475-A e seguintes do Código de Processo Civil.

Art. 34. *Liquidação e execução individuais* - A liquidação e execução serão promovidas individualmente pelo beneficiário ou seus sucessores, que poderão ser representados, mediante instrumento de mandato, por associações, entidades sindicais ou de fiscalização do exercício das profissões e defensorias públicas, ainda que não tenham sido autoras na fase de conhecimento, observados os requisitos do art. 20 deste Código.

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

§ 2º. A liquidação da sentença poderá 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 do cálculo.

§ 3º. Os valores destinados ao pagamento das indenizações individuais serão depositados em instituição bancária oficial, abrindo-se conta remunerada e individualizada para cada beneficiário, regendo-se os respectivos saques, sem expedição de alvará, pelas normas aplicáveis aos depósitos bancários.

§ 4º. Na hipótese de o exercício da ação coletiva ter sido contratualmente vinculado ao pagamento de remuneração ajustada por serviços prestados, o montante desta será deduzido dos valores destinados ao pagamento previsto no parágrafo anterior, ficando à disposição da entidade legitimada.

§ 5º. A carta de sentença para a execução provisória poderá ser extraída em nome do credor, ainda que este não tenha integrado a lide na fase de conhecimento do processo.

Art. 35. *Liquidação e execução coletivas* – Se possível, a liquidação e a execução serão coletivas, sendo promovidas por qualquer dos legitimados do art. 20 deste Código.

Art. 36. *Liquidação e execução pelos danos globalmente causados* – Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 20 deste Código promover a liquidação e execução coletiva da indenização devida pelos danos causados.

§ 1º. Na fluência do prazo previsto no *caput* deste artigo a prescrição não correrá.

§ 2º. O valor da indenização será fixado de acordo com o dano globalmente causado, que poderá ser demonstrado por meio de prova pré-constituída ou, não sendo possível, mediante liquidação.

§ 3º. O produto da indenização reverterá ao Fundo (art. 27 deste Código), que o utilizará para finalidades conexas à proteção do grupo, categoria ou classe beneficiados pela sentença.

§ 4º. Enquanto não se consumir a prescrição da pretensão individual, fica assegurado o direito de exigir o pagamento pelo Fundo, limitado o total das condenações ao valor que lhe foi recolhido.

Art. 37. Concurso de créditos – Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação de que trata o art. 26 deste Código e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento.

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

Capítulo III DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA ORIGINÁRIA

Art. 38. Ações contra o grupo, categoria ou classe – Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada, mesmo sem personalidade jurídica, desde que apresente representatividade adequada (art. 20, I, *a*, *b* e *c*), se trate de tutela de interesses ou direitos difusos e coletivos (art. 4º, incisos I e II) e a tutela se revista de interesse social.

Parágrafo único. O Ministério Público e os órgãos públicos legitimados à ação coletiva ativa (art. 20, incisos III, IV, V e VI e VII deste Código) não poderão ser considerados representantes adequados da coletividade, ressalvadas as entidades sindicais.

Art. 39. Coisa julgada passiva – A coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe e aplicando-se ao caso as disposições do art. 12 deste Código, no que dizem respeito aos interesses ou direitos transindividuais.

Art. 40. Aplicação complementar às ações coletivas passivas – Aplica-se complementarmente às ações coletivas passivas o disposto no Capítulo I deste Código, no que não for incompatível.

Parágrafo único. As disposições relativas a custas e honorários, previstas no art. 16 e seus parágrafos, serão invertidas, para beneficiar o grupo, categoria ou classe que figurar no polo passivo da demanda.

Capítulo IV DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

Art. 41. Cabimento do mandado de segurança coletivo – Conceder-se-á mandado de segurança coletivo, nos termos dos incisos LXIX e LXX do art. 5º da Constituição federal, para proteger direito líquido e certo relativo a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos (art. 4º deste Código).

Art. 42. Legitimação ativa – O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

I – Ministério Público;

II – Defensoria Pública;

III – partido político com representação no Congresso Nacional;

IV – entidade sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados, dispensada a autorização assemblear.

Parágrafo único – O Ministério Público, se não impetrar o mandado de segurança coletivo, atuará como fiscal da lei, em caso de interesse público ou relevante interesse social.

Art. 43. *Disposições aplicáveis* - Aplicam-se ao mandado de segurança coletivo as disposições do Capítulo I deste Código, inclusive no tocante às custas e honorários (art. 17 e seus parágrafos) e as da Lei n.º 1.533/51, no que não for incompatível.

Capítulo V

DAS AÇÕES POPULARES

Seção I

Da ação popular constitucional

Art. 44 - *Disposições aplicáveis* – Aplicam-se à ação popular constitucional as disposições do Capítulo I deste Código e as da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965.

Seção II

Ação de improbidade

administrativa

Art. 45. *Disposições aplicáveis* – A ação de improbidade administrativa rege-se pelas disposições do Capítulo I deste Código, com exceção do disposto no art. 5º e seu parágrafo único, devendo o pedido e a causa de pedir ser interpretados restritivamente, e pelas disposições da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992.

Capítulo VI

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 46. *Do Cadastro Nacional de Processos Coletivos* – O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, com a finalidade de permitir que todos os órgãos do Poder Judiciário e todos os interessados tenham acesso ao conhecimento da existência de ações coletivas, facilitando a sua publicidade.

§ 1º. Os órgãos judiciários aos quais forem distribuídos processos coletivos remeterão, no prazo de 10 (dez) dias, cópia da petição inicial ao Cadastro Nacional de Processos Coletivos.

§ 2º. O Conselho Nacional de Justiça, no prazo de 90 (noventa) dias, editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional de Processos Coletivos, incluindo a forma de comunicação pelos juízos quanto à existência de processos coletivos e aos atos processuais mais relevantes, como a concessão de antecipação de tutela, a sentença e o trânsito em julgado, a interposição de recursos e seu andamento, a execução provisória ou definitiva; disciplinará, ainda, os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado.

Art. 47. *Instalação de órgãos especializados* – A União, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, e os Estados criarão e instalarão órgãos especializados, em primeira e segunda instância, para o processamento e julgamento de ações coletivas.

Art. 48. *Princípios de interpretação* – Este Código será interpretado de forma aberta e flexível, compatível com a tutela coletiva dos direitos e interesses de que trata.

Art. 49. *Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil* – Aplicam-se subsidiariamente às ações coletivas, no que não forem incompatíveis, as disposições do Código de Processo Civil, independentemente da Justiça competente para o processamento e julgamento.

Parágrafo único – Os recursos cabíveis e seu processamento seguirão o disposto no Código de Processo Civil e legislação correlata, no que não for incompatível.

Art. 50. Nova redação – Dê-se nova redação aos artigos de leis abaixo indicados:

a) Dê-se aos §§ 4º e 5º do art. 273 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), a seguinte redação:

“Art. 273 ”

“§4º. A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada, fundamentadamente, enquanto não se produza a preclusão da decisão que a concedeu (§1º do art. 273-B e art. 273-C).

“§5º. Na hipótese do inciso I deste artigo, o juiz só concederá a tutela antecipada sem ouvir a parte contrária em caso de extrema urgência ou quando verificar que o réu, citado, poderá torná-la ineficaz”.

b) A Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), passa a vigorar acrescida dos seguintes arts.: 273-A, 273-B, 273-C, 273-D:

“Art. 273-A. A antecipação de tutela poderá ser requerida em procedimento antecedente ou na pendência do processo”.

“Art. 273-B. Aplicam-se ao procedimento previsto no art. 273-A, no que couber, as disposições do Livro III, Título único, Capítulo I deste Código.

“§1º. Concedida a tutela antecipada em procedimento antecedente, é facultado, até 30 (trinta) dias contados da preclusão da decisão concessiva:

“a) ao réu, propor demanda que vise à sentença de mérito;

“b) ao autor, em caso de antecipação parcial, propor demanda que vise à satisfação integral da pretensão.

“§2º. Não intentada a ação, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida”.

“Art. 273-C. Concedida a tutela antecipada no curso do processo, é facultado à parte interessada, até 30 (trinta) dias contados da preclusão da decisão concessiva, requerer seu prosseguimento, objetivando o julgamento de mérito.

“Parágrafo único. Não pleiteado o prosseguimento do processo, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida”.

“Art. 273-D. Proposta a demanda (§ 1º do art. 273-B) ou retomado o curso do processo (art. 273-C), sua eventual extinção, sem julgamento do mérito, não ocasionará a ineficácia da medida antecipatória, ressalvada a carência da ação, se incompatíveis as decisões.”

c) O artigo 10 da Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951, passa a ter a seguinte redação:

“Art. 10. Findo o prazo a que se refere o item I do art. 7º e ouvido, dentro de 5 (cinco) dias, o representante da pessoa jurídica de direito público, responsável pela conduta impugnada, os autos serão conclusos ao juiz, independentemente de solicitação da parte, para a decisão, a qual deverá ser proferida em 5 (cinco) dias, tenham sido ou não prestadas as informações pela autoridade coatora”.

d) O artigo 7º, inciso I, alínea *a*, da Lei n. 4717, de 29 de junho de 1965, passa a ter a seguinte redação:

“Art. 7º. (...)

“I – (...)

“a) além da citação dos réus, a intimação do representante do Ministério Público, que poderá intervir no processo como litisconsorte ou fiscal da lei, devendo fazê-lo obrigatoriamente quando se tratar, a seu exclusivo critério, de interesse público relevante, vedada, em qualquer caso, a defesa dos atos impugnados ou de seus autores.”

e) Acrescente-se ao art. 18 da Lei n. 4717, de 29 de junho de 1965 um parágrafo único, com a seguinte redação:

“Art. 18. (...)”

“Parágrafo único. Mesmo na hipótese de improcedência fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, no prazo de 2 (dois) anos contados do conhecimento geral da descoberta de prova nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea, por si só, para mudar seu resultado.”

f) Acrescentem-se ao artigo 17 da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, dois parágrafos, numerados como 1º e 2º, renumerando-se os atuais parágrafos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11 e 12 como 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13 e 14.

“Art.17. (...)”

“§ 1º. Nas hipóteses em que, pela natureza e circunstâncias de fato ou pela condição dos responsáveis, o interesse social não apontar para a necessidade de pronta e imediata intervenção do Ministério Público, este, a seu exclusivo critério, poderá, inicialmente, provocar a iniciativa do Poder Público co-legitimado, zelando pela observância do prazo prescricional e, sendo proposta a ação, intervir nos autos respectivos como fiscal da lei, nada obstando que, em havendo omissão, venha a atuar posteriormente, inclusive contra a omissão, se for o caso.

“§ 2º. No caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, a pessoa jurídica interessada integrará a lide na qualidade de litisconsorte, cabendo-lhe apresentar ou indicar os meios de prova de que disponha.

“§ 3º. (...)”

“§ 4º. (...)”

“§ 5º. (...)”

“§ 6º. (...)”

“§ 7º. (...)”

“§ 8º. (...)”

“§ 9º. (...)”

“§ 10. (...)”

“§ 11. (...)”

“§ 12. (...)”

“§ 13. (...)”

“§ 14. (...)”

g) O artigo 80 da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003, passa a ter a seguinte redação:

“Art. 80. As ações individuais movidas pelo idoso serão propostas no foro de seu domicílio, cujo juízo terá competência absoluta para processar e julgar a causa”.

Art. 51. Revogação – Revogam-se a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; os arts. 81 a 104 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990; o §3º do art. 5º da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965; os arts. 3º, 4º, 5º, 6º e 7º da Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989; o art. 3º da Lei n. 7.913, de 7 de dezembro de 1989; os arts. 210, 211, 212, 213, 215, 217, 218, 219, 222, 223 e 224 da Lei n. 8.069, de 13 de junho de 1990; o art. 2º da Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997; e os arts. 81, 82, 83, 85, 91, 92 e 93 da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003.

Art. 52. Vigência - Este Código entrará em vigor dentro de cento e oitenta dias a contar de sua publicação.

Dezembro de 2006.

ANEXO V

ANTEPROJETO DE CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS: O ANTEPROJETO ELABORADO NO ÂMBITO DOS PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO DA UERJ E UNESA⁷⁶

1. Em termos legislativos, a história recente dos processos coletivos no Brasil encontra-se indissolúvelmente marcada por três diplomas: a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347), de 1985; a Constituição da República de 1988; e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078), de 1990. Ao longo dos últimos vinte anos, pode-se dizer que houve não apenas o florescimento de um conjunto de normas pertinentes, mas também o desabrochar de substancial doutrina relacionada com as ações coletivas e a ocupação de um espaço crescente por parte da preocupação de docentes e discentes no meio acadêmico, consubstanciando o surgimento de uma nova disciplina: o Direito Processual Coletivo.

2. A experiência brasileira em torno das ações coletivas, englobando a ação popular, desde 1934, é rica e vem servindo de inspiração até mesmo para outros países. Nesse sentido, forçosa é a menção ao Código Modelo de Processos Coletivos, editado pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, no ano de 2004, que foi elaborado com a participação de quatro professores brasileiros: Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Antonio Gidi e Kazuo Watanabe.

3. Os processos coletivos passaram a servir de instrumento principalmente para os denominados novos direitos, como o do meio ambiente e dos consumidores, desdobrando-se, ainda, em estatutos legislativos específicos, como a Lei n. 7.853, dispondo sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência; a Lei n. 7.913, para proteção dos investidores em valores mobiliários; a Lei n. 8.069, para a defesa das crianças e dos adolescentes; a Lei n. 8.429, contra a improbidade administrativa; a Lei n. 8.884, contra as infrações da ordem econômica e da economia popular e a Lei n. 10.741, dispondo sobre o Estatuto do Idoso, prevendo expressamente a defesa coletiva dos respectivos interesses e direitos. Entretanto, o caminho legislativo percorrido não foi apenas de avanços. Em determinados momentos, a tutela jurisdicional coletiva sofreu reveses, ressaltando-se as restrições impostas ao objeto das ações coletivas, pela Medida Provisória n. 2.180-35, e a tentativa de confinamento dos efeitos do julgado coletivo nos limites da competência territorial do órgão prolator da sentença, ditado pela Lei n. 9.494.

4. Os resultados colhidos do dia-a-dia forense e dos debates acadêmicos demonstram que as soluções oferecidas pelos processos coletivos podem e devem ser aperfeiçoados. Os princípios e normas gerais pertinentes aos processos coletivos precisam ser reunidos em um estatuto codificado, dando tratamento sistemático e atual para a tutela coletiva, bem como preenchendo as lacunas existentes e dando respostas às dúvidas e controvérsias que grassam no meio jurídico. A elaboração recente do Código Modelo para Processos Coletivos, no âmbito dos países ibero-americanos, reavivou e consolidou a vontade de se repensar a legislação brasileira em torno das ações coletivas. Nesse sentido, foi elaborado, sob a coordenação da Professora Ada Pellegrini Grinover, na esfera da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), um primeiro Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, oferecido à discussão e sendo nesse sentido enviado aos membros do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

5. Os programas de Mestrado em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA) foram pioneiros na introdução de

⁷⁶ Fonte: DIDIER JÚNIOR, F. e ZANETI JÚNIOR, H. *Curso de direito processual civil - processo coletivo*. 5ª ed. Vol. 4. Bahia: Juspodivm, 2010.

disciplinas voltadas para o estudo dos processos coletivos, respectivamente denominadas de Direito Processual Coletivo e Tutela dos Interesses Coletivos. Procurando honrar a tradição de eminentes processualistas do Estado do Rio de Janeiro, como Machado Guimarães, José Carlos Barbosa Moreira, Luiz Fux, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Sérgio Bermudes, Leonardo Greco e Carreira Alvim, a discussão em torno do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos desenvolveu-se, paralela e concomitantemente, ao longo de todo o primeiro semestre letivo de 2005, dando prosseguimento aos debates realizados no ano de 2004, em torno do Código Modelo de Processos Coletivos e de reflexões comparativas, que procuravam, em especial, apontar para uma maior efetividade do processo coletivo, com o seu fortalecimento e consecução dos seus escopos de acesso à Justiça, de economia processual e judicial, de celeridade na prestação jurisdicional, de preservação do princípio da isonomia em relação ao direito material e do equilíbrio entre as partes na relação processual.

6. Por felicidade, o grupo reunido, sob a coordenação do Professor e Juiz Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, docente das supramencionadas disciplinas, contou com a participação de pessoas com larga experiência em termos de atuação junto a processos coletivos e uma ampla diversidade e pluralidade, em termos de origem e experiência profissional, o que enriqueceu os debates e permitiu que as questões fossem vistas de modo multifacetário. Elaboraram propostas e participaram das discussões os seguintes integrantes dos programas de pós-graduação *stricto sensu* da UERJ e da UNESA: Adriana Silva de Britto (Defensora Pública), Cláudia Abreu Lima Pisco (Juíza do Trabalho), Diogo Medina Maia (Advogado), Guadalupe Louro Turos Couto (Procuradora do Trabalho), Luiz Norton Baptista de Mattos (Juiz Federal), Márcio Barra Lima (Procurador da República), Maria Carmen Cavalcanti de Almeida (Promotora de Justiça), Mariana Romeiro de Albuquerque Mello (Advogada), Marília de Castro Neves Vieira (Procuradora de Justiça), Paula Maria de Castro Barbosa (Advogada e Pesquisadora), Ana Paula Correia Hollanda (Promotora de Justiça), Andrea Cruz Salles (Advogada), Caio Márcio G. Taranto (Juiz Federal), Carlos Roberto de Castro Jatahy (Procurador de Justiça), Heloisa Maria Daltro Leite (Procuradora de Justiça), José Antônio Fernandes Souto (Promotor de Justiça), José Antônio Ocampo Bernárdez (Promotor de Justiça), Larissa Ellwanger Fleury Ryff (Promotora de Justiça), Marcelo Daltro Leite (Procurador de Justiça), Miriam Tayah Chor (Promotora de Justiça), Mônica dos Santos Ferreira (Advogada) e Vanice Lírio do Valle (Procuradora do Município).

7. A idéia inicial, voltada para a apresentação de sugestões e propostas para a melhoria do anteprojeto formulado em São Paulo, acabou evoluindo para uma reestruturação mais ampla do texto original, com o intuito de se oferecer uma proposta coerente, clara e comprometida com o fortalecimento dos processos coletivos, culminando com a elaboração de um novo Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, que ora é trazido à lume e oferecido ao Instituto Brasileiro de Direito Processual, aos meios acadêmicos, aos estudiosos e operadores do Direito e à sociedade, como proposta para ser cotejada e discutida.

8. O Anteprojeto formulado no Rio de Janeiro encontra-se estruturado em cinco partes: I – Das ações coletivas em geral; II – Das ações coletivas para a defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos; III – Da ação coletiva passiva; IV – Dos procedimentos especiais; V – Disposições finais.

9. Na primeira parte, o Capítulo I contém dois artigos introdutórios, que estatuem a admissibilidade de todas as espécies de ações para a consecução da tutela jurisdicional coletiva, bem como o seu objeto, mediante a tradicional divisão ternária dos interesses e direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, além de afastar a possibilidade de pedido de declaração de inconstitucionalidade, salvo como questão prejudicial, na via do controle difuso. O Capítulo II, que trata dos pressupostos processuais e das condições da ação coletiva, possui três Seções. Na primeira – Do órgão judiciário, encontram-se disciplinados a competência territorial, a prioridade de processamento para os

processos coletivos, a especialização de juízos para o processamento e julgamento de processos coletivos e a conexão, ficando prevento o juízo perante o qual foi distribuída a primeira demanda coletiva, para os demais processos conexos, ainda quando diversos os sujeitos processuais. A segunda Seção regula a litispendência, deixando expressa a sua existência quando houver o mesmo pedido, causa de pedir e interessados, e a continência, dando a este último instituto um tratamento inovador e consentâneo com a sua natureza. A terceira Seção do Capítulo II dispõe sobre as condições específicas da ação coletiva, estabelecendo, como requisitos, a representatividade adequada e a relevância social da tutela coletiva, bem como o rol dos legitimados ativos, que, consentâneo com a perspectiva de ampliação do acesso à Justiça, do fortalecimento dos instrumentos coletivos de prestação jurisdicional e com as diretrizes do Código Modelo de Processos Coletivos, passa por um alargamento substancial, na qual figuram a pessoa natural, para a defesa dos direitos ou interesses difusos; o membro do grupo, categoria ou classe, para a proteção dos direitos ou interesses coletivos e individuais homogêneos; o Ministério Público, para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos de interesse social; a Defensoria Pública, quando os interessados forem predominantemente hipossuficiente; as pessoas jurídicas de direito público interno; as entidades e órgãos da Administração Pública; as entidades sindicais, para a defesa da categoria; os partidos políticos e as associações legalmente constituídas. O Capítulo III cuida da comunicação sobre processos repetitivos, do inquérito civil e do compromisso de ajustamento de conduta. O Capítulo IV – Da postulação, estabelece regramento em termos de custas e honorários, da instrução da petição inicial, do pedido, dos efeitos da citação e da audiência preliminar, além de prever a possibilidade do juiz ouvir a parte contrária, com prazo de 72 (setenta e duas) horas, antes de conceder liminar ou tutela antecipada, quando entender conveniente e não houver prejuízo para a efetividade da medida. Em seguida, o Capítulo V prevê a denominada carga dinâmica da prova, com a incumbência do ônus da prova recaindo sobre a parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos ou maior facilidade em sua demonstração. O Capítulo VI, cuidando do julgamento, do recurso e da coisa julgada, inova ao unificar o sistema de coisa julgada para os direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, ou seja, em todas as hipóteses haverá a coisa julgada *erga omnes*, salvo se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas. Por conseguinte, a sentença proferida, em processo coletivo, em torno dos direitos individuais homogêneos é fortalecida, pois será vinculativa também quando houver julgamento de improcedência do pedido fora das hipóteses de insuficiência de provas. O texto proposto estabelece, ainda, expressamente, que a competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*. O Capítulo VII trata das obrigações específicas de fazer, não fazer e de dar, bem como da reparação de danos provocados ao bem indivisivelmente considerado. No Capítulo VIII, são reguladas a liquidação e a execução em geral. Por fim, o Capítulo IX da Parte I cria o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, sob a incumbência do Conselho Nacional de Justiça, com a finalidade de permitir que todos os órgãos do Poder Judiciário e todos os interessados tenham conhecimento da existência das ações coletivas, e edita norma geral pertinente ao Fundo dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos, que será administrado por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais.

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

mediante um único processo coletivo. Por conseguinte, o Poder Judiciário continuou e continua a receber centenas, milhares e milhões de demandas individuais, que poderiam encontrar solução muito mais econômica mediante um processo coletivo, levando a um crescente esgotamento por parte dos órgãos judiciais, que se vêem envolvidos com um número enorme e comprometedor, em termos de qualidade e celeridade dos serviços prestados. Os exemplos são inúmeros: expurgos nas cadernetas de poupança e no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), reajuste de benefícios previdenciários, de vencimentos e de salários, questões tributárias nas esferas municipais, estaduais e federal etc. O motivo pode ser facilmente percebido: o sistema vigente banaliza os processos coletivos, ao permitir o surgimento e tramitação concomitantes destes com os processos individuais, que podem ser instaurados até mesmo quando já existe decisão coletiva transitada em julgado, ensejando insegurança e certa perplexidade diante da possibilidade da lide estar sendo apreciada, ao mesmo tempo, no âmbito coletivo e individual. Propõe-se, assim, uma remodelagem no sistema, a partir do fortalecimento e da priorização do processo coletivo, sem que haja, contudo, prejuízo para o acesso individual. O ajuizamento ou prosseguimento de ação individual versando sobre direito ou interesse, que esteja sendo objeto de ação coletiva, pressupõe a exclusão tempestiva e regular do processo coletivo. Para tanto, se prevê a comunicação dos interessados, que poderá ser feita pelo correio, por oficial de justiça, por edital ou por inserção em outro meio de comunicação ou informação, como contracheque, conta, fatura, extrato bancário etc. O ajuizamento da ação coletiva ensejará a suspensão, por trinta dias, dos processos individuais que versem sobre direito ou interesse que esteja sendo objeto no processo coletivo. Dentro do prazo de suspensão, os autores individuais poderão requerer a continuação do respectivo processo individual, sob pena de extinção sem o julgamento do mérito. Os interessados que, quando da comunicação, não possuírem ação individual ajuizada e não desejarem ser alcançados pelos efeitos das decisões proferidas na ação coletiva poderão optar entre o requerimento de exclusão ou o ajuizamento de ação individual no prazo assinalado, hipótese que equivalerá à manifestação expressa de exclusão. Como requisito específico para a ação coletiva para a defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos, estabelece o Anteprojeto a necessidade de aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e a utilidade da tutela coletiva no caso concreto. O Anteprojeto procura afastar, ainda, os riscos de indeferimento indevido ou de retardamento do andamento do processo em razão da falta inicial de determinação dos interessados, que poderá ocorrer no momento da liquidação ou execução do julgado. Os artigos 30 a 40 regulam detalhadamente os processos coletivos para a defesa dos direitos e interesses individuais homogêneos, com regras pertinentes à citação e notificações, à relação entre ação coletiva e ações individuais, à possibilidade de intervenção dos interessados mediante a assistência e aos efeitos da transação. Em relação à sentença condenatória, o Anteprojeto estabelece que, sempre que for possível, o juiz fixará na sentença do processo coletivo o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo, categoria ou classe, procurando, assim, dar maior efetividade e celeridade para a satisfação plena, procurando romper com a sistemática da condenação genérica no processo coletivo e as subsequentes liquidações e execuções individuais, que acabam sendo complexas e demoradas, não sendo sequer realizadas por uma boa parte dos interessados em potencial, devendo, assim, ser deixada para um segundo plano, ou seja, apenas quando for impossível a prolação de sentença líquida. Em termos de competência para a liquidação e execução, o texto proposto estabelece prioridade também para as liquidações e execuções coletivas, que serão processadas perante o juízo da sentença condenatória. Mas, quando houver liquidações ou execuções individuais, o foro competente será o do domicílio do demandante individual ou do demandado, pois a concentração de milhares ou milhões de liquidações e/ou execuções individuais no juízo da ação coletiva condenatória propiciaria a inviabilização do órgão

judicial especializado ou prevento para as demandas coletivas. O Anteprojeto deixa claro, também, que, quando a execução for coletiva, os valores destinados ao pagamento das indenizações individuais serão depositados em instituição bancária oficial, abrindo-se conta remunerada e individualizada para cada beneficiário. Previu, ainda, regras subsidiárias pertinentes às liquidações e execuções individuais e ao concurso de créditos entre condenações pelos prejuízos coletiva e individualmente considerados.

11. A Parte III foi destinada à ação coletiva passiva, que passaria a ser mencionada expressamente na nova legislação. A redação prevista no Anteprojeto inicialmente formulado na USP estabelecia expressamente, em termos de direitos e interesses individuais homogêneos, que “a coisa julgada atuará *erga omnes* no plano coletivo, mas a sentença de procedência não vinculará os membros do grupo, categoria ou classe, que poderão mover ações próprias ou defender-se no processo de execução para afastar a eficácia da decisão na sua esfera jurídica individual”. Da simples leitura, pode-se constatar a inocuidade da norma, impondo-se indagar: quem iria propor uma demanda coletiva passiva, sabendo, de antemão, que o melhor resultado possível, ou seja, o julgamento de procedência do pedido, praticamente nenhum valor teria, pois a ninguém vincularia? Portanto, o demandante estaria fadado a perder ou a não ganhar nada, podendo-se antever, desde já, que a nova regulação estaria por soterrar a malfadada ação coletiva passiva, tal qual nos moldes propostos. O texto proposto no Anteprojeto ora apresentado corrige o problema, estabelecendo simplesmente a vinculação dos membros do grupo, categoria ou classe.

12. A Parte IV, destinada aos procedimentos especiais em termos de tutela coletiva, encontra-se subdividida em quatro capítulos: Do mandado de segurança coletivo; Do mandado de injunção coletivo; Da ação popular; e Da ação de improbidade administrativa. Cogita-se, ainda, da elaboração de um quinto capítulo, para a regulação dos dissídios coletivos. Procurou-se respeitar, nessa parte, as normas vigentes, salvo em relação ao mandado de injunção coletivo, diante da lacuna legal existente. Registre-se, na espécie, que a redação originária do anteprojeto formulado em São Paulo, corretamente, procurava dispor o instituto nos moldes pugnados pela doutrina, para dar à sentença concessiva do mandado a formulação, com base na equidade, de norma regulamentadora para o caso concreto. A nova redação, agora apresentada, mantém a orientação, sem descuidar, no entanto, do aspecto pertinente ao controle e regularização da omissão existente, estabelecendo, para tanto, o litisconsórcio obrigatório entre a autoridade ou órgão público competente para a edição da norma regulamentadora e a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que impossibilite o exercício do direito no caso concreto, e, na sentença, a comunicação da caracterização da mora legislativa constitucionalmente qualificada ao Poder competente, para que possa ser suprida, conciliando, assim, a consagrada jurisprudência conferida pelo Supremo Tribunal Federal com a pretendida efetividade do mandado de injunção coletivo para a regulação do caso concreto.

13. Por último, a Parte V, que cuida das disposições finais, dispõe sobre os princípios de interpretação, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil às ações coletivas, a instalação de órgãos especializados para o processamento e julgamento de demandas coletivas, no âmbito da União e dos Estados, e a vigência do Código Brasileiro de Processos Coletivos, dentro de um ano a contar da publicação da lei. O Anteprojeto procura, ainda, corrigir e adaptar algumas normas vigentes em outros estatutos legais, bem como revogar expressamente os dispositivos incompatíveis com o novo texto.

14. Na esperança que o presente Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos possa representar uma efetiva contribuição para o aprimoramento do acesso à Justiça, para a melhoria na prestação jurisdicional e para a efetividade do processo, leva-se à lume a proposta formulada, submetendo-a aos estudiosos do assunto, aos profissionais do Direito e a toda a sociedade, para que possa ser amplamente analisada e debatida.

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Professor Doutor de Direito Processual Civil na UERJ e UNESA

Juiz Federal

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

**ANTEPROJETO DE CÓDIGO BRASILEIRO
DE PROCESSOS COLETIVOS**

PARTE I – DAS AÇÕES COLETIVAS EM GERAL

Capítulo I – Da tutela coletiva

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

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

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

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

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

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

Capítulo II – Dos pressupostos processuais e das condições da ação

Seção I – Do órgão judiciário

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

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

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

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

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

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

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

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

Seção II – Da litispendência e da continência

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

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

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

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

Seção III – Das condições específicas da ação coletiva e da legitimação ativa

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

I – a adequada representatividade do legitimado;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Capítulo III – Da comunicação sobre processos repetitivos,

do inquérito civil e do compromisso de ajustamento de conduta

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Capítulo IV – Da postulação

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Capítulo V – Da prova

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

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

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

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

Capítulo VI – Do julgamento, do recurso e da coisa julgada

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

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

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

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

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

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

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

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

Capítulo VII – Das obrigações específicas

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Capítulo VIII – Da liquidação e da execução

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

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

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

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

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

Capítulo IX – Do cadastro nacional de processos coletivos e

do Fundo de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos

Art. 28. Cadastro nacional de processos coletivos - O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o cadastro nacional de processos coletivos, com a finalidade de permitir que todos os órgãos do Poder Judiciário e todos os interessados tenham conhecimento da

existência das ações coletivas, facilitando a sua publicidade e o exercício do direito de exclusão.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 32. Citação e notificações - Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu, a publicação de edital no órgão oficial e a comunicação dos interessados, titulares dos direitos ou interesses individuais homogêneos objeto da ação coletiva, para que possam exercer no prazo fixado seu direito de exclusão em relação ao processo coletivo, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social.

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

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

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

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

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

§ 3º. Os interessados que, quando da comunicação, não possuírem ação individual ajuizada e não desejarem ser alcançados pelos efeitos das decisões proferidas na ação coletiva poderão optar entre o requerimento de exclusão ou o ajuizamento da ação individual no prazo assinalado, hipótese que equivalerá à manifestação expressa de exclusão.

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

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

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

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

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

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

§ 1º. Quando o valor dos danos sofridos pelos membros do grupo, categoria ou classe for uniforme, prevalentemente uniforme ou puder ser reduzido a uma fórmula matemática, a sentença coletiva indicará o valor ou a fórmula do cálculo da indenização individual.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

PARTE III – DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA

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

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

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

PARTE IV – PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

Capítulo I – Do mandado de segurança coletivo

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

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

Capítulo II – Do mandado de injunção coletivo

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Capítulo III – Da ação popular

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

Capítulo IV – Da ação de improbidade administrativa

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

PARTE V – DISPOSIÇÕES FINAIS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Agosto de 2005.

REFERÊNCIAS

BARRETTO, R. *Direitos humanos – Coleção sinopses para concursos*. Coordenação de Leonardo de Medeiros Garcia. Bahia: Juspodivm, 2011.

BARROSO, C. E. F. M. *Teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 10ª ed. Coleção Sinopses Jurídicas. Volume 11. São Paulo: Saraiva, 2009.

CINTRA, A. C. A. et al. *Teoria geral do processo*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DIDIER JÚNIOR, F. e ZANETI JÚNIOR, H. *Curso de direito processual civil – processo coletivo*. 5ª ed. Vol. 4. Bahia: Juspodivm, 2010.

DINAMARCO, C. R. *Instituições de direito processual civil, volume II*. 6ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINIZ, M. H. *Curso de direito civil brasileiro, volume 1: teoria geral do direito civil*. 26ª ed. reformulada. São Paulo: Saraiva, 2009.

GOMES JÚNIOR, L. M. *Ação popular - aspectos polêmicos: a lei de responsabilidade fiscal, improbidade administrativa, danos causados por liminares e outros pontos relevantes*. 2ª ed. revista, ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, C. R. *Direito Civil: Parte Geral*. 16ª ed. Coleção Sinopses Jurídicas. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, M. V. R. *Novo curso de direito processual civil, volume 1: teoria geral e processo de conhecimento (1ª parte)*. 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, M. V. R. *Tutela de interesses difusos e coletivos*. 3ª ed. revista. Coleção Sinopses Jurídicas. Volume 26. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRINOVER, A. P. Relatório Geral – Civil Law: Os Processos Coletivos nos países de Civil Law. In: GRINOVER, A. P. et al. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 21-249.

WATANABE, K. XIII World Congress of Procedural Law. In: GRINOVER, A. P. et al. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. 2ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 299-306.

LENZA, P. *Direito constitucional esquematizado*, 13ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACIEL, J. F. R. Teoria geral do direito e da política. In: GONÇALVES JÚNIOR, J. C. e MACIEL, J. F. R. (Coord.). *Concurso da Magistratura: Noções gerais de direito e formação humanística*. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 259-303.

MAIA, D. C. M. *Ação Coletiva Passiva*. Coleção Direito Processual Coletivo. Coordenação de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2009.

MAZZILLI, H. N. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 22ª ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEIRELLES, H. L. *Mandado de Segurança*. 28ª ed., atualizada por Arnold Wald e Gilmar Ferreira Mendes, com a colaboração de Rodrigo Garcia da Fonseca. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

NEGRÃO, T. e GOUVÊA, J. R. F. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 40ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NERY JUNIOR, N. e NERY, R. M. A. *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. 11ª ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA, J. A. *Comentário contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVA, J. A. R. O. Teoria geral do direito. In: BARBOSA, A. et al. *Magistratura do trabalho: formação humanística e temas fundamentais do direito*. 1ª ed. (3ª tiragem). São Paulo: LTr, 2010. p. 21-90.

SOUZA, M. C. *Ação civil pública e inquérito civil*. 3ª ed. de acordo com a Lei nº 11.448/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

SOUZA, M. C. *Interesses difusos em espécie: direito ambiental, direito do consumidor e probidade administrativa*. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2009.

Artigo “Projeto que trata da Ação Civil Pública é rejeitado pela CCJ da Câmara” (extraído de: Associação do Ministério Público do Rio de Janeiro, de 18 de Março de 2010), publicado no site “JusBrasil Notícias” (Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/2137756/projeto-que-trata-da-acao-civil-publica-e-rejeitado-pela-ccj-da-camara>>. Acesso em 23 de abril de 2011).

Projeto de Lei nº 5.139/09 e Exposição de Motivos (Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>>. Acesso em 05 de outubro de 2011).