



**Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**

**A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A PROPOSITURA  
DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA**

**Lívia Dornelas Resende**

**Rio de Janeiro**

**2012**

A Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ – não aprova nem reprova as opiniões emitidas neste trabalho, que são de responsabilidade exclusiva da autora.

LÍVIA DORNELAS RESENDE

A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL  
PÚBLICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA.

Monografia apresentada à Escola da Magistratura do  
Estado do Rio de Janeiro, como exigência para  
obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientador: Prof. Poul Erik Dyrlund.

Coorientadora: Prof. Néli do Cavalieri Fetzner.

Rio de Janeiro

2012

LÍVIA DORNELAS RESENDE

A legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública em matéria tributária.

Monografia apresentada à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós-Graduação.

Orientador: Prof. Poul Erik Dyrland.

Coorientadora: Prof. Néli do Cavalieri Fetzner.

**Data de aprovação: 24/04/2012**

Banca Examinadora:

---

Prof. Des. Dr. Poul Erik Dyrland – Orientador

---

Des. Dra. Leila Maria Carrilo Cavalcante Ribeiro Mariano - Presidente

---

Prof. Dr. Humberto Dalla Bernardina de Pinho – Professor Convidado

“O direito posto por esse Estado moderno,  
Estado burguês, encontra seu fundamento  
de legitimidade exclusivamente na violência,  
sem compromisso ético. Por isso mesmo  
sustenta-se que a Justiça não é um assunto  
a ser tratado no quadro do direito moderno.”

Eros Roberto Grau

“A deslealdade se tornou tão predominante,  
que é de se esperar a chegada a um ponto no qual,  
sendo incapaz de enganar qualquer pessoa,  
ela não tenha mais nenhum efeito.”

Arthur Schopenhauer

Ao meu irmão, Pedro Dornelas Resende,  
companheiro de vida e futuro cúmplice  
na carreira jurídica e acadêmica.

## AGRADECIMENTOS

A conclusão deste trabalho representou, não só o encerramento de uma fase muito importante da minha vida, mas também, uma nova e maior conquista acadêmica em razão do desafio que me representou dissertar e argumentar sobre o tema escolhido.

Como em todas as fases da vida, existiram pessoas essenciais ou importantes que, de alguma maneira, contribuíram para o sucesso desta conquista e que, sem dúvida, merecem os meus sinceros agradecimentos.

Mais do que mercedores desta homenagem, aqueles a quem eu atribuo grande parte do que eu sou e onde estou, aos meus queridos pais, Maria Helena Dornelas do Carmo Resende e Otacílio do Carmo Resende Sobrinho, agradeço a dedicação, a abdicção, o amor incondicional e, acima de tudo, a crença em minhas convicções profissionais.

Expresso, ainda, os meus sinceros agradecimentos ao Dr. João Ricardo Ayres da Motta pela amizade, por todo apoio moral e material que sempre me deu, e por continuar fazendo parte da minha vida, de alguma maneira, contribuindo para o meu crescimento como profissional e como pessoa.

Não menos importante, gostaria de agradecer à Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro pela enriquecedora e valiosa experiência acadêmica, ao seu corpo docente e de funcionários, em especial à Professora Néli Fetzner e à Anna Dina, que me ajudaram, me orientaram e me deram muito suporte na durante a elaboração deste trabalho.

Por fim, quero tecer um agradecimento especial ao meu Excelentíssimo professor e orientador, o Desembargador Federal Dr. Poul Erik Dyrland, não pela maestria e brilhantismo durante a sua orientação acadêmica, pois isso já era esperado, mas por permitir a minha convivência com a sua pessoa e com o seu saber, experiência enriquecedora e enobrecedora que poucos são os privilegiados.

## SÍNTESE

A essência do presente trabalho é suscitar a discussão acerca da legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública em matéria tributária. Os contribuintes no Brasil encontram-se desamparados e segregados em termos de tutela coletiva de direitos, em razão da vedação legal prevista no parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347/85, inserida pela Medida Provisória 1.984-18/2000 reeditada sucessivamente até a Medida Provisória 2.180-35/2001 que se encontra em vigor, até hoje, em razão do artigo 2º da Emenda Constitucional 32/2001, sem que o Congresso Nacional a tenha convertido em lei. A partir da análise do instituto da tutela coletiva desde a sua origem até a contemporaneidade e da função institucional do *Parquet*, mormente sob a égide da Constituição Federal de 1988, busca-se demonstrar a insubsistência dos argumentos jurídicos daqueles que insistem em sustentar manutenção desse retrocesso no ordenamento jurídico brasileiro e, por conseguinte, demonstrar o caráter eminentemente político dessa medida.

## SUMÁRIO

|  |     |
|--|-----|
| <b>INTRODUÇÃO.</b>   | 10  |
| <b>1. A ORIGEM E A EVOLUÇÃO DA TUTELA COLETIVA.</b>  | 14  |
| 1.1. <i>A representative action</i> do direito inglês.   | 14  |
| 1.2. <i>A class action</i> do direito norte-americano.   | 20  |
| 1.2.1. <i>A class action</i> do direito norte-americano contemporâneo.   | 26  |
| 1.2.1.1. As espécies de procedimentos da <i>class action</i> contemporânea.  | 32  |
| 1.3. A tutela coletiva no direito brasileiro e o microsistema atualmente vigente.  | 43  |
| 1.3.1. As novas perspectivas do microsistema brasileiro de tutela coletiva.  | 54  |
| 1.3.1.1. O Ministério Público nas novas perspectivas do microsistema brasileiro de tutela coletiva.                              | 72  |
| <b>2. A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E OS INTERESSES E DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS NO DIREITO BRASILEIRO.</b>                                | 81  |
| 2.1. Contexto social e político do surgimento da Lei da Ação Civil Pública.  | 81  |
| 2.2. Interesse <i>versus</i> direito transindividual.  | 87  |
| 2.2.1. Interesses e direitos difusos.  | 92  |
| 2.2.2. Interesses e direitos coletivos estrito senso.  | 97  |
| 2.2.3. Interesses e direitos individuais homogêneos.   | 101 |
| <b>3. O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO PRINCIPAL INSTITUIÇÃO A TUTELAR OS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS POR MEIO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.</b> | 109 |
| 3.1. A evolução histórica do Ministério Público no Brasil.   | 111 |
| 3.2. O Ministério Público nos dias atuais e a sua primordialidade na tutela coletiva brasileira.                                 | 117 |

|  |     |
|--|-----|
| <b>4. A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA.</b>   | 125 |
| 4.1. A inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347/85.  | 151 |
| 4.2. A legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública com o objetivo de anular TARE – Termo de Acordo de Regime Especial. | 158 |
| <b>CONCLUSÃO</b>   | 177 |
| <b>REFERÊNCIAS</b>   | 182 |

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como enfoque a discussão acerca da legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública em matéria tributária, inobstante o fato de já existir vedação legal nesse sentido.

No campo sócio-jurídico, este estudo se justifica em razão do destaque que a tutela coletiva vem recebendo no Brasil nos últimos vinte e cinco anos, mormente com o advento da Lei 7.347/85, da Constituição Federal de 1988 e do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, assim como pelo injustificável tratamento jurídico e judicial conferido aos interesses e direitos individuais homogêneos dos contribuintes no que tange à sua proteção por meio da ação civil pública.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 eleva o direito coletivo à qualidade de direito e garantia fundamental no Estado Democrático de Direito. Além disso, prevê como função institucional do Ministério Público a promoção do inquérito civil e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Com o advento do Código de Proteção e Defesa do Consumidor foi inserido no microsistema brasileiro de tutela coletiva a proteção dos interesses e direitos individuais homogêneos que, inobstante entendimentos jurisprudenciais e doutrinários distorcidos, não se limita a defender coletivamente apenas o consumidor, mas a todas as coletividades de pessoas que possuam interesses e direitos decorrentes de origem comum, qualificáveis como individuais homogêneos.

Em 2007 foi realizado o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos que tinha por objetivo unificar e aprimorar as normas sobre tutela coletiva, preenchendo lacunas e eliminando entraves para dar-lhe maior aplicabilidade e efetividade no seio social. No entanto, esse anteprojeto sofreu grandes alterações e acabou se transformando no projeto de reforma da Lei da Ação Civil Pública que, porém, foi arquivado pela Câmara dos Deputados.

Em que pese toda essa evolução legislativa, no ano de 2000 foi inserido por meio de uma medida provisória o parágrafo único no artigo 1º da Lei 7.347/85 que consagrou um obstáculo e retrocesso ilegítimo à tutela coletiva no direito brasileiro.

Segundo o parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347/85, não será cabível ação civil pública que veicule pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários possam ser individualmente determinados.

Além desse obstáculo que, *ex vi legis*, tornou a ação civil pública a via processual incabível para se veicular pretensões que envolvam tributos, a jurisprudência consolidou entendimento distorcido desse dispositivo legal, considerando que o Ministério Público não tem legitimidade para tutelar interesses e direitos individuais homogêneos dos contribuintes.

Não obstante o entendimento pacificado na jurisprudência e a vedação legal contida na Lei da Ação Civil Pública, grande parte da doutrina e o Ministério Público repudiam tal restrição ao direito de ação coletiva.

Com efeito, objetiva-se neste trabalho demonstrar o cabimento da ação civil pública em matéria tributária; a legitimidade do Ministério Público para tutelar judicialmente os interesses e direitos individuais homogêneos dos contribuintes; a inconstitucionalidade e o caráter eminentemente político que contém o parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347/85.

Para tanto, no primeiro capítulo será analisada a origem da tutela coletiva nos ordenamentos jurídicos dos principais países que inspiraram a adoção desse instituto no Brasil, perpassando por toda evolução costumeira, jurídica e legislativa em termos de legitimidade e representatividade adequada desses sistemas até os dias de hoje.

Ainda nesse capítulo, será objeto de análise a origem, a evolução e os contextos históricos da tutela coletiva no direito brasileiro até a atualidade, incluindo a apresentação de aspectos relevantes ao tema no Anteprojeto de Código de Processos Coletivos, mormente quanto às atribuições conferidas ao Ministério Público.

No segundo capítulo, a tutela coletiva do direito brasileiro será analisada com enfoque específico na ação civil pública, apresentando-se o contexto social e político do surgimento da Lei 7.347/85, bem como a conceituação e distinção das espécies de interesses e direitos transindividuais existentes no microsistema de tutela coletiva brasileiro.

No terceiro capítulo, será traçada a evolução histórica da instituição do Ministério Público em todas as constituições até a atualmente vigente. A análise da estrutura institucional, das atribuições, das prerrogativas e das funções conferidas pela Constituição Federal de 1988 e

legislações infraconstitucionais demonstrará a primordialidade do *Parquet* na tutela coletiva brasileira, elevando-o à qualidade de principal legitimado ativo nas ações coletivas.

Após toda a contextualização do tema e do raciocínio ora traçado, o quarto capítulo tratará exclusivamente sobre a questão da legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública em matéria tributária. Nesse momento, serão apresentadas críticas constitucionais e legais à vedação contida no parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347/85, inserida pela Medida Provisória 1.984-18/2000 e mantida pela Medida Provisória 2.180-35/2001 que ainda se encontra em vigor por causa do artigo 2º da Emenda Constitucional 32/2001 e, principalmente, será defendida a necessidade de se proteger a legalidade e a moralidade administrativa quando a pessoa violadora for o próprio ente público.

Nesse último aspecto, sustenta-se em linhas gerais que o tema em questão deve ser analisado sobre uma ótica dúplice, ou seja, os interesses e direitos individuais homogêneos dos contribuintes devem ser protegidos pelos instrumentos processuais de tutela coletiva não só porque o ordenamento jurídico assim autoriza, mas, principalmente, porque é imperioso preservar a legalidade e a moralidade dos atos administrativos. A defesa coletiva dos interesses e direitos individuais homogêneos dos contribuintes, ainda que possuam natureza patrimonial, é legitimada pelo ordenamento jurídico pátrio em razão do seu relevante interesse social e da necessidade de proteção da probidade e moralidade na arrecadação de tributos.

No final desse capítulo serão abordadas as questões relevantes sobre o precedente formado pelo Supremo Tribunal Federal no que tange ao reconhecimento da legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública que tenha por objetivo anular Termo de Acordo de Regime Especial para recolhimento de imposto realizado entre o Poder Executivo e contribuintes.

A metodologia utilizada para a elaboração do presente trabalho consistiu na pesquisa de doutrinas como forma de ratificar a posição aqui defendida; na análise cronológica das legislações que envolvem o tema com o objetivo de apresentar o contexto histórico, social e político do surgimento da tutela coletiva nos ordenamentos jurídicos mencionados, assim como para sustentar algumas medidas de caráter eminentemente político; na análise das exposições de motivos das principais legislações como meio de aprofundar o estudo e apresentar as respectivas *mens legis*; e, por fim, na pesquisa jurisprudencial como forma de desconstruir os fundamentos

utilizados nas decisões que sustentam a vedação contida no parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347/85.

O conteúdo ora analisado engloba os ramos do Direito Constitucional, Direito Processual Civil, Direito do Consumidor, Tutela Coletiva e Direito Tributário, sem olvidar a análise dos aspectos políticos e sociológicos que a tese ora apresentada demanda.

Por fim, cumpre esclarecer que os questionamentos aqui apontados e a tese apresentada são relevantes para a reflexão de todos operadores do Direito quanto à permanência desse obstáculo ao acesso coletivo à Justiça que foi inserida no ordenamento jurídico pátrio de maneira ditatorial e que até hoje é tolerada pelo Congresso Nacional, sob a égide de um Estado dito como Democrático de Direito.

## 1. A ORIGEM E A EVOLUÇÃO DA TUTELA COLETIVA.

### 1.1. A *representative action* do direito inglês.

A tutela coletiva originou-se na Inglaterra, no período medieval entre os séculos XII e XV, como o meio de solução dos conflitos envolvendo aldeões de vilarejos e os senhores feudais, denominados *Lords*, por problemas relativos à administração dos feudos; conflitos instaurados por fiéis que buscavam discutir o pagamento de dízimos cobrados pelos párocos; e até mesmo conflitos instaurados pelas corporações de ofício questionando o pagamento de tributos ou arrendamentos cobrados pela autoridade local ou pelo *Lord*<sup>1</sup>.

Nessa época, quando se instaurava um conflito de interesses que atingisse um grupo de pessoas ou uma comunidade, ao invés de cada lesado pleitear, individualmente, seus direitos perante a Corte, tornou-se comum eleger uma pessoa ou algumas pessoas dessa coletividade para representá-los em juízo em face do suposto ou supostos violadores do direito em comum.

Do mesmo modo, caso o pólo passivo da ação fosse ocupado por um grupo de pessoas ou comunidade, também era costumeiro chamar para integrar a relação processual apenas um ou alguns representantes dessa coletividade demandada.

---

<sup>1</sup> YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern classe action*. New Haven: Yale University Press, 1987, Capítulo 03 *apud* LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações Coletivas: História, Teoria e Prática*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 22.

Observe-se que não figuravam no processo como partes, pessoas jurídicas de direito público ou privado representadas por seus funcionários ou procuradores, porque esses entes dotados de personalidade jurídica ainda não existiam nessa época<sup>2</sup>.

O que se via eram os pólos da ação ocupados por pessoas escolhidas pelos grupos ou comunidades litigantes com o objetivo de representar cada qual a sua coletividade e defendê-la em juízo.

Nessa época, não havia no direito inglês a idéia de que a Corte deveria aferir a legitimidade ativa ou passiva do representante da coletividade; verificar se ele era uma pessoa diretamente interessada na lide e adequada para defender os interesses da comunidade; e nem constatar se havia no caso concreto um interesse ou direito comum entre seus membros, porque a concepção da existência de uma ação individual distinta de uma ação coletiva, a noção de legitimidade *ad causam* e efeitos *inter partes* ou *erga omnes* da coisa julgada ainda não estavam formadas.

Bastava, portanto, estar evidente para a Corte que as pessoas representadas em juízo compunham um grupo coeso perante a sociedade, equivalendo-se a uma comunidade ou coletividade, e que o representante era um de seus membros.

A lógica da época consistia simplesmente em escolher homens notadamente distintos e dotados de prudência para representar a comunidade ou coletividade a que pertenciam, seja para demandar em uma das Cortes do Rei, seja para representá-la no pólo passivo de qualquer ação contra a mesma coletividade<sup>3</sup>.

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes registra que o papel do costume no direito inglês no período medieval era fundamental para a subsistência desse sistema jurídico de tutela coletiva,

---

<sup>2</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 39.

<sup>3</sup> *Ibid.*, p. 40.

pois a ausência de um sistema processual rígido, positivado e com definições sobre as espécies de procedimento a serem adotadas para o processamento das ações, permitia que uma pessoa ou um grupo de pessoas escolhido pela coletividade demandasse os interesses dela perante as Cortes, independentemente da existência de procurações ou autorizações específicas para tanto<sup>4</sup>.

Essas demandas com caráter coletivo eram aceitas espontaneamente pelas Cortes, sem qualquer questionamento jurídico processual acerca da legitimidade dos representantes, razão pela qual o juízo de admissibilidade dessas ações coletivas, naquele contexto, era realizado de modo meramente objetivo<sup>5</sup>.

Isso se dava porque, culturalmente, o homem medieval era indissociavelmente ligado à comunidade a que pertencia, sendo que cada coletividade era visualizada por todos como uma entidade homogênea e unitária que, em juízo, se fazia representar de modo tácito, por alguns de seus membros<sup>6</sup>.

Ou seja, na ação coletiva medieval, não se questionava a representação de direitos alheios por um ou alguns indivíduos, pois a premissa era a de que o direito material a ser tutelado era compartilhado indistintamente pela comunidade<sup>7</sup>.

Assim, a preocupação da Corte Inglesa, naquela época, era apenas com o julgamento do mérito das causas propostas. O que importava era decidir se existia ou não direito a ser tutelado, não tendo surgido, até então, qualquer questionamento acerca da legitimidade ordinária ou extraordinária para propor ação individual ou coletiva e, menos ainda, elucubrações sobre a possibilidade de se conceder efeitos *inter partes* ou *erga omnes* da coisa julgada nesses casos<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> MENDES, *op. cit.*, p. 40.

<sup>5</sup> *Ibid.* p. 40.

<sup>6</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações Coletivas: História, Teoria e Prática*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 27.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>8</sup> MENDES, *op. cit.*, p. 39/40.

Todavia, o final da Idade Medieval e o início da Era Moderna foi uma fase marcada pela contínua ascensão do individualismo radical e da diminuição da importância dos grupos de pessoas na estrutura social e no sistema jurídico<sup>9</sup>.

Com o desenvolvimento da concepção de que o indivíduo é sujeito de direito próprio e que, muito embora pertencesse à determinada comunidade, com ela não se confundia, começou-se a perceber que o indivíduo lesado tinha legitimidade para pleitear em juízo os seus próprios interesses, mas faltava-lhe para defender os interesses da comunidade a que pertencia<sup>10</sup>.

Diante disso, iniciou-se uma crise nas ações coletivas, pois, gradativamente, a noção de legitimidade para ser parte em um processo foi restringindo-se às pessoas físicas, no que tange aos seus direitos individuais, e às pessoas jurídicas que começaram a ser constituídas, no que concerne aos seus direitos enquanto tal figura jurídica, sem se confundir com o interesse individual de seus membros<sup>11</sup>.

Foi nesse contexto que surgiu o *bill of peace* como solução para que as ações de caráter coletivo permanecessem vivas no ordenamento jurídico inglês. A idéia desse instituto consistia em obter uma autorização judicial para o processamento coletivo de uma ação individual. Ou seja, o autor da ação individual requeria à Corte autorização para que o provimento jurisdicional pleiteado por ele, singularmente, pudesse alcançar a todos aqueles que eram sujeitos dos mesmos

---

<sup>9</sup> Aluisio Gonçalves de Castro Mendes elucida que a partir dos séculos XV verificou-se o início da transição das ações coletivas do *Common Law* para a *equity*, na qual elas passaram a ser julgadas pelo Tribunal de Equidade denominado *Court of Chancery*, e não mais pela *Courts of Common Law*. MENDES, *op. cit.*, nota de rodapé da p. 24: “Em virtude do extremo formalismo processual em se lograr ter uma ação conhecida nessa jurisdição (Tribunal da *Common Law* e nas Cortes de jurisdição local), os súditos não raramente recorriam ao próprio Rei, que delegava a apreciação do litígio para o *Lord Chancellor* e seus juízes auxiliares. Assim, desenvolveu-se no século XVI uma jurisdição concorrente em matéria cível aos Tribunais da *Common Law*, a *Chancery*, jurisdição que serviu de alternativa às complexas exigências formais ou em caso de flagrante injustiça da decisão do Tribunal da *Common Law* – daí o nome *equity*, em razão do método de solução para o litígio. As soluções dessa jurisdição não estavam presas ao formalismo dos Tribunais da *Common Law*, tornando-se o campo fértil de onde se desenvolveu o *group litigation*.”

<sup>10</sup> LEAL, *op. cit.*, p. 28.

<sup>11</sup> YEAZELL, *op. cit.*, p. 195 *apud* LEAL, *op. cit.*, p. 28.

direitos, visando tratar a questão posta em juízo de maneira uniforme e evitar a multiplicação de processos idênticos<sup>12</sup>.

Já naquela época verificou-se que tornaria dispendioso o processamento separado de ações que continham as mesmas questões de fato e de direito a serem decididas. Mostrava-se mais econômico reunir em um único processo a lide da coletividade que possuía interesses e direitos comuns a serem tutelados pelo Poder Judiciário, resolvendo-se, assim, todos esses conflitos a um só tempo.

O *bill of peace*, portanto, passou a permitir que, por meio de uma autorização judicial concedida no momento da propositura da demanda, os efeitos da coisa julgada gerados em uma ação individual vinculasse a todos aqueles que compartilhassem do mesmo direito ou interesse relativo a questão posta em juízo. Entretanto, para isso, tornou-se necessário que o magistrado verificasse em cada caso concreto se o direito ou interesse pleiteado de fato era comum ou envolvia os demais membros dessa coletividade<sup>13</sup>.

Infere-se, pois, que a verificação da existência de um interesse comum e a necessidade de autorização judicial para que a coisa julgada na ação individual alcançasse a todos os interessados tornaram-se pressupostos para o processamento das ações com caráter coletivo na Inglaterra da Era Moderna.

De fato, a exigência desses pressupostos tornou mais rígida a propositura das demandas com caráter coletivo e rompeu definitivamente com a concepção de ação coletiva tida na fase medieval e no início da fase moderna, quando o requisito inicial restringia-se apenas a constatação fática pela Corte da existência de uma comunidade ou coletividade a ser representada por um de seus membros.

---

<sup>12</sup> LEAL, *op. cit.*, p. 25.

<sup>13</sup> ZAVASCKY, Albino Teori. *Processo Coletivo Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 23.

Contudo, os séculos XVIII e XIX foram marcados pelo declínio das ações coletivas na Inglaterra, porque a análise das Cortes sobre a existência ou não de interesse comum para que fossem aplicados os efeitos da coisa julgada da ação individual à coletividade interessada passou a ser cada vez mais severa. Paralelamente a isso, a concepção do individualismo e o desenvolvimento da figura *pessoa jurídica* no seio da sociedade tornou-se cada vez mais evidente<sup>14</sup>.

No entanto, mesmo diante do enfraquecimento da tutela coletiva nessa época, com a edição dos *Supreme Court of Judicature Acts*, as ações coletivas na Inglaterra passaram a estar previstas expressamente na Regra 10 das *Rules of Procedure* sob a denominação de *representative actions*<sup>15</sup>.

Inobstante essa positivação, as *representative actions* continuaram a ser cada vez menos utilizadas, porque os interesses das coletividades passaram cada vez mais a ser representados em juízo por meio das corporações e associações<sup>16</sup>.

Ainda assim, não se pode afirmar que a *representative action* chegou a ser extirpada do direito inglês, pois, em 1965, ela foi realocada para a *Order 5* das *Rules 12*<sup>17</sup> e *13*<sup>18</sup> do *Rules of*

---

<sup>14</sup> MENDES, *op. cit.*, p. 43.

<sup>15</sup> No período entre os anos de 1873 e 1875, a jurisdição de equidade e do *Common Law* foi unificada. *In*: MENDES, *op. cit.*, p. 43.

<sup>16</sup> *Ibid.*

<sup>17</sup> Aluisio Gonçalves de Castro Mendes esclarece que “Segundo a Regra 12, quando uma quantidade grande de pessoas possuísse o mesmo interesse, em qualquer procedimento, o processo poderia ser iniciado e prosseguir, se a corte não determinasse diferentemente, pela iniciativa ou em face de apenas um ou alguns dos interessados, que estariam ‘representando’ os demais. O primeiro pressuposto seria a numerosidade, conceito este, na espécie, juridicamente indeterminado, na medida em que a norma não estabeleceu a delimitação precisa do padrão quantitativo. Por outro lado, os legitimados estariam, *a priori*, defendendo, concomitantemente, direitos próprios e alheios, caracterizando-se situação em que a legitimação extraordinária, denominada de representação pelos ingleses, mas que com esta não se confunde, se colocaria ao lado da ordinária, diferenciando-se, portanto, das hipóteses tradicionais de classificação e demandando, por conseguinte, até mesmo, uma nova repartição das espécies. A questão central, todavia, continuava a ser a identidade de interesse (*same interest*)”. MENDES, *op. cit.*, p. 46/47.

<sup>18</sup> Quanto à *Rule 13*, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes aduz que esta regra “previa, por sua vez, em circunstâncias limitadas, que as ações poderiam ser ajuizadas por pessoas que não detinham também a titularidade do direito em litígio. Diferenciava-se, assim, da hipótese contida na Regra 12, na medida em que estariam os processos, por um lado, circunscritos a lides relacionadas com herança, com bens sujeitos à custódia e administração de

*the Supreme Court*, mantendo-se presentes no ordenamento jurídico britânico até os novos rumos que processo coletivo viria a ter a partir do século XX.

Contudo, foi com a entrada em vigor do *Rules of Civil Procedure*<sup>19</sup> em 26 de abril de 2000, que as demandas coletivas se estruturaram e passaram a ter expressividade no Direito inglês ante os novos contornos assumidos pela tutela coletiva na contemporaneidade mundial e, atualmente, elas se encontram previstas na *Part 19* do referido diploma legal que trata da *parties and group litigation*, subdividida em *addition and substitution of parties*, *representative parties* e *group litigation*<sup>20</sup>.

## 1.2. A *class action* do direito norte-americano.

O direito norte-americano, assim como o direito inglês, é norteado pelo sistema do *Common Law*, no qual, em regra, as decisões judiciais são proferidas, precipuamente, com base em precedentes jurisprudenciais, muito embora, alguns dogmas do *Civil Law* venham influenciando os sistemas jurídicos desses países, atualmente.

Assim, inspiradas na *representative action* inglesa, as primeiras obras sobre a demanda coletiva nos Estados Unidos começaram a surgir por volta do ano de 1820, escritas pelo jurista e integrante da *Supreme Court*, Joseph Story<sup>21</sup>, a partir do caso *West versus Randall*, em que um

---

terceiros e à interpretação de documentos escritos, inclusive de leis, mas, por outro, a legitimação extraordinária não estaria restrita às pessoas que estivessem partilhando do interesse comum afetado.” MENDES, *op. cit.*, p. 47.

<sup>19</sup> Código de Processo Civil que positivou as normas processuais civis inglesas, substituindo os costumes e as regras específicas editadas pelas diversas cortes.

<sup>20</sup> MENDES, *op. cit.*, p. 51.

<sup>21</sup> Autor de *Commentaries on equity jurisprudence* (1836) e *Commentaries on equity pleadings* (1838). MENDES, *op. cit.*, p. 58.

morador de Massachusetts propôs a demanda sob a alegação de seu patrimônio ter sido dilapidado por um *trustee*<sup>22</sup>.

O caso inspirou o juiz Joseph Story para o aprofundamento sobre o tema da *group litigation*, porque o fez supor que a situação apresentada nos autos poderia ter sido diferente se houvesse um número maior de pessoas lesadas pelo mesmo *trustee*<sup>23</sup>.

Na sua concepção, tendo em vista os ditames processuais norte-americanos da época, se essa hipótese por ele ventilada, de fato, tivesse ocorrido, daria ensejo ao litisconsórcio necessário de todos aqueles que, do mesmo modo, tivessem sofrido a lesão perpetrada pelo *trustee*, o que poderia inviabilizar a pretensão do autor se o número de pessoas fosse grande, indeterminado ou indeterminável<sup>24</sup>.

A partir dessa análise e com base nos estudos das jurisprudências inglesas, o juiz Joseph Story concluiu que, quando ficasse evidente que o interesse pertencia a uma coletividade de pessoas, a imposição do litisconsórcio necessário poderia ser excepcionada e o autor ou os autores da ação, de cunho inicialmente individual, deveriam prosseguir até a análise de mérito representando os interesses daqueles que não fizessem parte formalmente da demanda<sup>25</sup>.

Segundo a sua linha de raciocínio,

onde as partes são muito numerosas e a corte percebe que será quase impossível trazê-la perante o tribunal, ou onde a questão é de interesse geral em que uns poucos podem promover uma ação em benefício de todos, ou onde houver uma associação voluntária com fins públicos ou privados em que seja possível a representação dos direitos e interesses de todos que dela fazem parte; nesses e em casos análogos, a ação se demonstra não ser meramente em nome dos autores, mas de todos os outros interessados; assim, o argumento no sentido de que há a necessidade de formação do litisconsórcio necessário para que todos aqueles que serão afetados pela decisão final

---

<sup>22</sup> A tradução de *Trustee* para o idioma português é administrador de bens, depositário, curador, síndico. No caso em comento trava-se gestor de negócios.

<sup>23</sup> MENDES, *op. cit.*, p. 58.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 59.

<sup>25</sup> *Ibid.*

integrem o processo para que a demanda possa prosseguir legitimamente deverá ser repellido e o tribunal deverá dar prosseguimento ao processo até a decisão de mérito.<sup>26</sup>

Em 1836, Joseph Story publicou a obra *Commentaries on Equity Jurisprudence*, em que apontou, com precisão, a importância e o papel das demandas coletivas para o Poder Judiciário e para o acesso à Justiça. Já naquela época, o referido jurista sustentou que elas reduziriam consideravelmente o número de ações individuais propostas e, concomitantemente, facilitariam a tutela de direitos que, por meio da via processual individual, dificilmente seriam protegidos, uma vez que esses respectivos direitos, individualmente considerados, possuíam valor muito reduzido, o que causava desestímulo às partes para demandarem em juízo<sup>27</sup>.

Nesse sentido, por influência dessa obra de Joseph Story e com o surgimento de algumas ações com caráter coletivo, em 1842 a Suprema Corte norte-americana editou, dentre outras regras de equidade, a *Equity Rule 48*, que é considerada a primeira norma escrita sobre demanda coletiva nos Estados Unidos<sup>28</sup>.

A *Equity Rule 48* dispunha que

quando as partes forem numerosas em qualquer pólo da demanda e, sem evidente inconveniência e opressivos retardamentos, não puderem figurar como parte na ação, a corte, a seu critério, poderá dispensá-las da exigência de integrar a demanda e poderá dar prosseguimento à ação, tendo partes suficientes, diante de si, para representar apropriadamente todos os interesses dos autores e réus na ação perante a corte. Mas, em tais casos, a decisão judicial deve ser proferida sem prejuízo para os direitos e pretensões de todas as partes ausentes.<sup>29</sup>

<sup>26</sup> YEAZELL, *op. cit.* p. 217 *apud* LEAL, *op. cit.*, p. 150. Versão original citada no livro: “Where the parties are very numerous, and the court perceives, that it will be almost impossible to bring them all before the court; or where the questions is of general interest, and a few may sue for the benefit of the whole; or where de parties form a part of a voluntary association for public or private purposes, and may be fairly supposed to represent the rights and interests of the whole; in these and analogous cases, if the plea of want of parties will be repelled, and the court will proceed to a decree.”

<sup>27</sup> MENDES, *op. cit.*, p. 60.

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 61.

<sup>29</sup> O texto original se encontra na nota de rodapé nº. 8 da obra MENDES, *op. cit.*, p. 61: “Where de parties on either side are very numerous, and cannot, without manifest inconvenience and oppressive delays, in the suit, be all brought before it, the court in its discretion may dispense with making all of them parties, and may proceed in the suit, having sufficient parties before it to represent all the adverse interest of the plaintiffs and the defendants in the

A lógica dessa nova regra se baseava na aceção de que a legitimidade para representar o interesse de um grupo em juízo não deveria ficar adstrito a critérios objetivos formais e oficiais, considerando mais coerente que as Cortes tivessem a liberdade de aferir e regular em cada caso, se determinadas pessoas estariam ou não aptas a defender com lealdade o interesse de todos<sup>30</sup>.

Note-se que a *Equity Rule* 48, ao mesmo tempo em que preocupava regular a tutela coletiva de todos aqueles que tivessem interesses comuns na causa, assegurando-lhes a prestação jurisdicional que lhes fosse favorável, sem a obrigá-los a ingressarem na demanda na qualidade de litisconsortes, ela garantia às partes que não integraram o processo que não sofrerão os efeitos da coisa julgada oriundos da decisão final que não lhes fosse favorável<sup>31</sup>.

Contudo, em 1912 a *Equity Rule* 48 foi reformulada, passando a denominar-se *Equity Rule* 38, cujo conteúdo foi alterado justamente com a supressão da parte final do dispositivo que desvinculava da decisão final as partes ausentes no processo caso lhes fosse desfavorável<sup>32</sup>.

Marcio Flávio Mafra Leal sublinha que em razão dessa alteração, a *Rule* 38 foi responsável por dar início à construção jurisprudencial para se estabelecer critérios sobre o tratamento da extensão da coisa julgada a terceiros na *class action*, assim como sobre a necessidade de se estabelecer critérios para a representação adequada das partes, já que a coisa julgada na ação de classe passaria a vincular os interessados ausentes na demanda coletiva.<sup>33</sup>

Diante do crescimento e desenvolvimento das demandas coletivas, percebeu-se a necessidade de regulamentar a matéria de modo mais criterioso e, aproveitando o ensejo da entrada em vigor do primeiro Código de Processo Civil no âmbito federal nos Estados Unidos em

---

*suit properly before it. But in such cases the decree shall be without you prejudice to the rights and claim of all the absent parties”.*

<sup>30</sup> MENDES, *op. cit.*, p. 63.

<sup>31</sup> LEAL, *op. cit.*, p. 151.

<sup>32</sup> MENDES, *op. cit.*, p. 64.

<sup>33</sup> LEAL, *op. cit.*, p. 152.

1938, foram inseridas no ordenamento norte-americano um série de regras com o fito de regular especificamente da tutela coletiva<sup>34</sup>.

Assim, a *Rule 23* contida na *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938 passou a regular a chamada *class action* e, a partir de então, essa regra passou a ser aplicada a todos os processos calcados no *Common Law* e não somente àquelas calcados na equidade, como eram as revogadas *Equity Rule 48* e *38*<sup>35</sup>.

A *Rule 23* do *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938, em sua versão inicial, previa três espécies de demanda coletiva, a *true*, a *hybrid* e a *spurious class action*. Contudo, na prática, percebeu-se que, nos moldes em que estavam previstas, geravam muita dificuldade de interpretação e aplicação aos casos na época<sup>36</sup>.

A denominada *true class action*, ou ação de classe genuína, visava a proteger direito de natureza indivisível e por essa razão, a ação coletiva era via processual obrigatória para tutelá-los, já que não havia direito individual a ser protegido<sup>37</sup>.

Já a *hybrid class action*, ou ação de classe híbrida, tinha por objetivo assegurar a proteção de uma pluralidade de direitos individuais que incidiam sobre um mesmo bem jurídico indivisível. Assim, pela essência indivisível do bem jurídico a ser tutelado, a ação de classe, também, se colocava como o meio adequado para a proteção daqueles direitos<sup>38</sup>.

Contudo, no que tange às *spurious class action*, ou ações de classe espúrias, a *Rule 23* as previa como uma faculdade concedida aos titulares de um direito individual para que, diante do surgimento de uma questão de fato ou de direito comum a um número muito grande de pessoas, uma pessoa ou algumas pessoas propusessem ação coletiva em nome próprio, mas também

---

<sup>34</sup> MENDES, *op. cit.*, p. 64.

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 64.

<sup>36</sup> YEAZELL, *op. cit.*, p. 230 *apud* MENDES, *op. cit.*, p. 64.

<sup>37</sup> MENDES, *op. cit.*, p. 64/65.

<sup>38</sup> KLONOFF, Robert H. *Class actions and other multi-party litigation in a nutshell*. St Paul: West, 1999, p. 9 *apud* MENDES, *op. cit.*, p. 65.

representando os demais interessados, de modo que o provimento jurisdicional pleiteados fosse aplicado a todos<sup>39</sup>.

Nessa última espécie de ação coletiva, os direitos a serem tutelados tinham caráter individual e o bem jurídico tutelado era divisível, mas por uma questão de economia processual; em razão da inviabilidade do litisconsórcio ativo; e para evitar o surgimento de decisões contraditórias sobre a mesma questão, entendeu-se que a via processual coletiva era a mais adequada e eficiente para a solução dos conflitos, e concedeu-se a faculdade de reunião de todos os interessados em uma ação de classe<sup>40</sup>.

Segundo a versão original da *Rule 23*, nas ações coletivas genuínas e híbridas, os indivíduos pertencentes às classes envolvidas obrigatoriamente se vinculavam aos efeitos da coisa julgada, o que não ocorria nas ações de classe espúrias, em que somente ficavam vinculados aqueles que tivessem desejado participar do processo, assemelhando-se ao litisconsórcio facultativo.

Contudo, conforme aduzido anteriormente, as espécies da *class action* previstas da versão inicial da *Rule 23* não foram bem aceitas na época pelos seguintes argumentos: dificuldade prática de se distinguir uma espécie da outra, o que gerava extensas discussões nos processos quanto ao legítimo enquadramento do caso concreto à espécie ação de classe correta; o fato de a *spurious class action* ser de caráter facultativo, deixava ao crivo único dos interessados tutelarem de forma coletiva certos direitos que, pela sua relevância social, deveriam obrigatoriamente ser protegidos por órgãos do Estado; e, por fim, o fato de a lei não exigir a demonstração quanto à predominância dos interesses coletivos sobre os individuais, de modo a justificar a vantagem do processamento coletivo da ação sobre o individual, o que permitia o

---

<sup>39</sup> MENDES, *op. cit.*, p. 66.

<sup>40</sup> *Ibid.*

processamento automático de demandas coletivas nas quais possuíam caráter muito peculiares, cujo processamento individual se mostrava mais adequado e eficiente<sup>41</sup>.

Nesse sentido, em 1966, especialistas norte-americanos que compunham a *Advisory Committee on Civil Rules*<sup>42</sup> propuseram uma alteração substancial na redação da *Rule 23*, procurando estabelecer uma abordagem prática e funcional para as demandas coletivas, dando ênfase no instituto da representação adequada e leal como pressuposto para o processamento das ações coletivas e impondo que a coisa julgada atingisse, inobstante o seu resultado positivo ou negativo, não só as partes do processo, mas a todos aqueles que fossem considerados pertencentes à coletividade,<sup>43</sup>.

Além da grande reforma ocorrida em 1966, a *Rule 23* ainda sofreu posteriores alterações e acréscimos nos anos de 1987, 1998, 2003 e 2007, encontrando seu texto atualmente subdividido em oito alíneas, nas seqüências alfabéticas de (a) a (h)<sup>44</sup>.

### 1.2.1. A *class action* do direito norte-americano contemporâneo.

Na *Rule 23(a)* há previsão expressa de quatro requisitos de admissibilidade e processamento da *class action*<sup>45</sup>. No entanto, há um pressuposto processual implícito indispensável para o processamento da demanda como ação de classe e que deve ser analisado antes mesmo dos pressupostos processuais explícitos acima referidos, qual seja: o magistrado

---

<sup>41</sup> MENDES, *op. cit.*, p. 67.

<sup>42</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da class action for damages à ação de classe brasileira*. In: MILARÉ, Edis (Coord). *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 21.

<sup>43</sup> MENDES, *op. cit.*, p. 67.

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 68.

<sup>45</sup> Rule 23(a) “Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if: (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable, (2) there are questions of law or fact common to the class, (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class; and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class.”. Texto extraído do sítio: <http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/Rule23.htm>

deve constatar que o grupo de pessoas a ser representado em juízo retrata efetivamente uma coletividade, uma classe ou uma categoria de pessoas<sup>46</sup>.

Contudo, não se exige que a coletividade, a classe ou a categoria de pessoas tenha acepção política, econômica, social ou alguma relação jurídica base entre os seus membros. Para retratar uma coletividade, uma classe ou uma categoria de pessoas para fins de processamento como *class action*, basta que possua uma significação ampla, possível de equiparação a um conjunto ou grupo de pessoas com interesse em comum a ser pleiteado em juízo<sup>47</sup>.

Segundo Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, o importante é que os contornos da coletividade, classe ou categoria estejam devidamente delineados de modo que seja possível ao julgador, a partir dos elementos fornecidos nos autos, verificar se determinados indivíduos podem ou não ser considerados como membros de uma mesma classe, para que, no final do processo, seja possível definir os alcances e os limites subjetivos da coisa julgada<sup>48</sup>.

Assim, somente após a constatação da presença desse pressuposto processual implícito no caso concreto é que o julgador passará para a análise dos pressupostos processuais expressamente previstos na *Rule 23(a)*.

E o primeiro pressuposto processual explícito a ser apreciado é a chamada *numerosity*, prevista na *Rule 23 (a)(1)*. Para ser processada como ação de classe, o magistrado deve constatar na causa a presença de um número tão elevado de pessoas envolvidas e interessadas capaz de tornar inconveniente ou impraticável a reunião de todas elas em litisconsórcio no mesmo processo.

---

<sup>46</sup> MARCUS, Richard L. e SHERMAN, Edward F. *Complex litigation: cases and materials on advanced civil procedure*. 3 ed. St. Paul: West, 1998, p. 220 *apud* MENDES, *op. cit.*, p. 70.

<sup>47</sup> MENDES, *op. cit.*, p. 70/71.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 71.

O objetivo desse pressuposto é primar pela a superioridade do processamento da demanda coletiva em detrimento da individual, não só tendo em vista a economia processual e a eficiência na prestação jurisdicional, mas também, o fato de propiciar o acesso ao Poder Judiciário daqueles que, com dificuldade, lograriam tutelar os seus direitos individualmente<sup>49</sup>.

O segundo pressuposto processual é chamado de *commonality*, que encontra previsão na *Rule 23(a)(2)*. Esse dispositivo prevê que somente será admitida como ação de classe aquela cujo objeto da causa consista em uma ou mais questões de direito ou de fato comuns aos membros do grupo litigante, de modo a caracterizar uma essência coletiva na demanda a ser proposta.

Já a *Rule 23(a)(3)* prevê o pressuposto processual denominado *typicality* que consiste na exigência de identidade entre os pedidos objetivamente realizados pelos representantes da classe na *class action* e a efetiva tutela dos interesses e direitos da classe representada que ele irá propiciar.

Nesse ponto, a *Rule 23* pretende, já no momento da análise dos pressupostos processuais, que o juiz afira e, se for o caso, impeça o intuito de favorecimento dos representantes ou de alguns membros em detrimento de todos os interessados pertencentes à classe.

E para reforçar esse controle pela Corte, a *Rule 23(a)(3)* deve ser interpretada em conjunto com o *caput* da *Rule 23(a)*<sup>50</sup> sentido de exigir que a pessoa física designada como representante da classe no processo coletivo seja um membro pertencente a ela. E isso porque,

---

<sup>49</sup> Numerosos fatores podem caracterizar a necessidade de reunião dos interessados tais como, a dispersão geográfica dos membros da classe; a natureza e a complexidade das causas, cuja apreciação dependa de questões técnicas, científicas ou jurídicas a serem discutidas; razão pela qual, o aspecto quantitativo deverá ser sempre sopesado em consonância com as demais circunstâncias do caso concreto, não sendo fundamental, desse modo, a estipulação arbitrária e isolada de limites numéricos.

<sup>50</sup> *Rule 23(a) "Prerequisites. One or more members of a class may sue or be sued as representative parties on behalf of all members only if:[...]" United States of America. Federal Rules of Civil Procedure. Class Action. New York. Cornell University Law School. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/Rule23.htm>>, Acesso em: 20 jul 2010.*

segundo essa linha de raciocínio, somente quem tem interesse pessoal e direto na lide está apto a empreender os melhores esforços para defender os interesses da coletividade em juízo<sup>51</sup>.

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, ao comentar sobre esse dispositivo, sustenta que

A norma pressupõe que o membro da classe, por possuir um interesse pessoal e direto na lide, estará, aparentemente, apto a empreender os melhores esforços para perseguir os objetivos do grupo. O sentido teleológico do preceito é a melhor proteção dos interesses da classe, e, por conseguinte, a alegação de que a parte representativa não integra o grupo significa, corolariamente, a falta de adequada representação. A falta de tipicidade pode ensejar a inadmissibilidade ou a subdivisão da ação de classe<sup>52</sup>.

Assim, o membro da classe que for designado para representá-la em juízo possuirá legitimidade ordinária para pleitear os direitos próprios e lhe será conferida pela lei a legitimidade extraordinária para pleitear o direito dos demais membros da classe ausentes no processo que, necessariamente, se equivalem aos seus<sup>53</sup>.

O último pressuposto processual de admissibilidade da *class action* que está previsto na *Rule 23(a)(4)* é a representatividade adequada - *adequacy of representation*. Segundo essa norma, para serem considerados adequados, todos os representantes da classe em litígio devem estar aptos a empregar os melhores esforços para demandarem a justa e adequada proteção dos interesses da coletividade representada.

Trata-se de outro forte instrumento judicial de controle e proteção dos interesses da classe com vistas a evitar ou impedir abusos, desídias ou imperícias que possam ser cometidas

---

<sup>51</sup> Cabe ressaltar que, muito embora a exigência legal seja no sentido de que o representante deva ser membro da classe representada e, portanto, seja mais comum verificar a presença de pessoas do setor privado na *class action*, os Estados Unidos, assim como a maioria dos países do *Common Law*, adota o sistema de legitimação mista em que, não só as pessoas físicas e as associações têm legitimidade para agir, mas também os entes governamentais. Quando algum ente governamental propõe a *class action*, excepciona-se a previsão do *caput* da *Rule 23(a)*, uma vez que, por se tratar de um órgão do governo, presume-se que ele possua condições de empregar os melhores esforços para estar em juízo em nome da coletividade interessada.

<sup>52</sup> MENDES, *op. cit.*, p. 74.

<sup>53</sup> LEAL, *op. cit.*, p. 127 *apud* RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação Civil Pública e o Meio Ambiente*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009, p. 33.

por pessoas nomeadas representantes da classe e os respectivos advogados inexperientes ou de má fé no ajuizamento dessas ações coletivas. Para tanto, exige-se que o magistrado aferira em cada caso concreto apreciado a seriedade, a credibilidade, a capacidade técnica e até econômica de todos aqueles que representarão os interesses da classe na ação coletiva.

Nesse ponto, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes sustenta que

mais do que a quantidade de litigantes presentes, para a certificação importa a qualidade da defesa dos interesses da classe. Em relação às partes representativas, são considerados o comprometimento com a causa, a motivação e o vigor na condução do feito, o interesse em jogo, as disponibilidades de tempo e a capacidade financeira, o conhecimento do litígio, honestidade, qualidade de caráter, credibilidade e, com especial relevo, a ausência de conflito de interesse. No que diz respeito ao advogado, são levadas em consideração várias questões, dentre as quais a qualificação profissional, a especialização na área, a experiência com ações coletivas, a qualidade dos escritos submetidos ao tribunal e a performance na causa como um todo, o relacionamento com a parte, cumprindo com o seu dever de comunicação e esclarecimento dos membros presentes da classe, a estrutura e a capacidade do escritório para patrocinar o litígio, a conduta ética e os antecedentes, bem como a existência de conflitos de interesse<sup>54</sup>.

A representatividade adequada é um pressuposto primordial para os ordenamentos jurídicos similares ao norte-americano que optaram por instituir a possibilidade de pessoas físicas defenderem em juízo os direitos de indivíduos que não são partes integrantes da lide instaurada e nem outorgaram procuração a elas para serem representados. Esses indivíduos acabam por sofrerem os efeitos da coisa julgada da decisão proferida na *class action*, porque a Corte, no momento da análise dos pressupostos processuais, os identificou e qualificou como membros daquela coletividade.

---

<sup>54</sup> MENDES, *op. cit.*, p. 78/79.

Ada Pellegrini Grinover sustenta que essa aplicação sem temperamentos dos efeitos da coisa julgada a terceiros, torna imperioso ao magistrado o exame cuidadoso sobre a capacidade de determinadas pessoas representarem a classe em juízo sem a ela causar prejuízos<sup>55</sup>.

Entretanto, muito embora ocorra necessariamente a vinculação quase que irrestrita daqueles considerados membros da classe, mas ausentes no processo, à coisa julgada da decisão final na ação de classe, a *Rule 23(d)* permite ao magistrado excepcionar essa regra. E isso se dá quando, no final do processo, a Corte constatar que a representação das partes foi inadequada e trouxe prejuízos para os membros ausentes. Nesse caso, a referida norma autoriza que o magistrado decrete a ineficácia do julgado em relação a esses membros ausentes, limitando os efeitos da coisa julgada apenas àqueles que são parte integrante do processo<sup>56</sup>.

Noutra vertente, se a inadequação da representação for constatada já no início ou no decorrer do processo, ele Aluisio Gonçalves de Castro Mendes elucida que

[ela] poderá ser corrigida, com a supressão do motivo ensejador da falta ou, ainda, com o reforço ou substituição dos *representatives parties*. Para tanto, os tribunais poderão valer-se, inclusive, dos poderes conferidos especificamente na *Rule 23(d)*<sup>57</sup>, ordenando, em particular, a comunicação dos demais membros da classe, para que fiquem não apenas cientes da causa, mas para que possam se manifestar sobre a regularidade e adequação da representação, bem como para exercerem supervisão sobre o feito<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 238.

<sup>56</sup> MENDES, *op. cit.*, p. 79.

<sup>57</sup> *Rule 23(d): "Conducting the Action. (1) In General. In conducting an action under this rule, the court may issue orders that: (A) determine the course of proceedings or prescribe measures to prevent undue repetition or complication in presenting evidence or argument; (B) require — to protect class members and fairly conduct the action — giving appropriate notice to some or all class members of: (i) any step in the action; (ii) the proposed extent of the judgment; or (iii) the members' opportunity to signify whether they consider the representation fair and adequate, to intervene and present claims or defenses, or to otherwise come into the action; (C) impose conditions on the representative parties or on intervenors; (D) require that the pleadings be amended to eliminate allegations about representation of absent persons and that the action proceed accordingly; or (E) deal with similar procedural matters. (2) Combining and Amending Orders. An order under Rule 23(d)(1) may be altered or amended from time to time and may be combined with an order under Rule 16."* United States of America. *Federal Rules of Civil Procedure. Class Action*. New York. Cornell University Law School. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/Rule23.htm> Acesso em: 20 jul 2010.

<sup>58</sup> MENDES, *op. cit.*, p. 79/80.

Observe-se que, não há na *Rule 23* um rol taxativo especificando aqueles que possuem legitimidade ativa extraordinária para promoverem a ação de classe, submetendo o reconhecimento desse instituto a critérios extremamente subjetivos do magistrado, o que difere completamente do sistema aplicado no Brasil em que a lei enumera os legitimados, conferindo presunção de representatividade adequada a eles.

Uma vez verificada a presença de todos os pressupostos processuais previstos na *Rule 23(a)*, o magistrado encerrará a fase de admissibilidade da demanda coletiva através do ato denominado “certificação”.

A certificação consiste no pronunciamento judicial que expressamente autoriza o processamento da ação como *class action* e delimita qual das espécies previstas na *Rule 23(b)* é a mais adequada para o processamento<sup>59</sup>. Na tradução de Ada Pellegrini Grinover, a *certification* representa um juízo prévio de admissibilidade<sup>60</sup>.

#### 1.2.1.1. As espécies de procedimento da *class action* contemporânea.

Após verificar a existência de todos os pressupostos processuais, tanto o implícito, quanto os explícitos, o magistrado analisará, diante do caso concreto, qual a espécie de procedimento previsto em uma das alíneas da *Rule 23* se mostra mais adequada para o processamento da ação de classe, indicando, expressamente, no ato da certificação, o respectivo dispositivo.

---

<sup>59</sup> *Rule 23(c)*: “(1) *Certification Order*. (A) *Time to Issue*. At an early practicable time after a person sues or is sued as a class representative, the court must determine by order whether to certify the action as a class action. (B) *Defining the Class; Appointing Class Counsel*. An order that certifies a class action must define the class and the class claims, issues, or defenses, and must appoint class counsel under *Rule 23(g)*. (C) *Altering or Amending the Order*. An order that grants or denies class certification may be altered or amended before final judgment *United States of America. Federal Rules of Civil Procedure. Class Action*. New York. Cornell University Law School. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/Rule23.htm> Acesso em: 20 jul 2010..

<sup>60</sup> GRINOVER, *Da class action for damages...* In: MILARÉ, *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos...*, p. 24.

As espécies de procedimento para o processamento da *class action* no direito norte-americano estão atualmente previstas na *Rule 23(b)* que se apresenta subdividida em 23(b)(1), 23(b)(2) e 23(b)(3), sendo que a *Rule 23(b)(1)*, ainda é repartida nas alíneas (A) e (B).

Nesse ponto, Ada Pellegrini Grinover esclarece que

a Regra 23 das *Federal Rules* de 1966 que tem caráter pragmático e funcional, contém quatro considerações prévias (pré-requisitos) e estabelece três categorias de *class action*, sendo duas obrigatórias (mandatory) e uma não obrigatória (not mandatory), cada uma com seus próprios requisitos. Aqui vale uma advertência: o inciso (b1)(A) e (B), assim como o inciso (b2) cuidam da ação de classe obrigatória (*mandatory*) que, na nomenclatura brasileira, corresponde às ações em defesa de interesses difusos e coletivos. [...] vale a pena observar que o inciso (b1A) significa que, se não fosse ajuizada a ação de classe, a classe dos réus ficaria prejudicada, enquanto o inciso (b1B) indica que a ausência da ação de classe prejudicaria os reclamantes. Por sua vez (b2) contempla, também, em caráter de ação de classe obrigatória, os casos de obrigação de fazer ou não fazer (*injunction*) ou de sentenças declaratórias, ainda na categoria que corresponde, no Brasil, às ações em defesa de interesses difusos e coletivos. Mas, é no inciso (b3) que vamos encontrar o regime jurídico da *class action for damages*, que não é obrigatória (*not mandatory*), porquanto admite o *opt out* correspondendo à ação brasileira em defesa de interesses individuais homogêneos<sup>61</sup>.

Antes de adentrar na análise de cada uma dessas alíneas, cabe ressaltar o seguinte: se a ação de classe for processada segundo as espécies 23(b)(1) ou (b)(2), a lei exige que o magistrado notifique a classe sobre a existência da demanda<sup>62</sup>.

De outro modo, se a ação de classe for processada nos moldes da espécie (b)(3), o magistrado, no ato da certificação, deverá ordenar, sempre que possível, a notificação pessoal de

<sup>61</sup> GRINOVER, *Da class action for damages...* In: MILARÉ, *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos...*, p. 23/24.

<sup>62</sup> Rule 23(c): (2) Notice. (A) For (b)(1) or (b)(2) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(1) or (b)(2), the court may direct appropriate notice to the class. (B) For (b)(3) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(3), the court must direct to class members the best notice that is practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice must clearly and concisely state in plain, easily understood language: (i) the nature of the action; (ii) the definition of the class certified; (iii) the class claims, issues, or defenses; (iv) that a class member may enter an appearance through an attorney if the member so desires; (v) that the court will exclude from the class any member who requests exclusion; (vi) the time and manner for requesting exclusion; and (vii) the binding effect of a class judgment on members under Rule 23(c)(3).” *United States of America. Federal Rule of Civil Procedure. Class Action. New York. Cornell University Law School*. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/Rule23.htm> Acesso em: 20 jul 2010.

cada um dos membros da coletividade<sup>63</sup>, permitindo que esses exerçam o direito de solicitar a sua exclusão do processo. Assim, os membros que não desejarem sofrer os efeitos da coisa julgada oriundos daquela ação de classe deverão se manifestar expressamente ao juízo dentro do prazo fixado na certificação<sup>64</sup>.

Esse é o chamado critério do *opt out* adotado pelo ordenamento jurídico norte-americano para o processo coletivo. Nesse sentido, todos os membros da classe que tenham sido devidamente notificados e não se manifestaram dentro do prazo estipulado pela Corte, serão considerados partes integrantes do processo e, por conseguinte, sofrerão os efeitos positivos ou negativos da coisa julgada.

Cabe sublinhar que, a sistemática aplicada à *Rule 23(b)(3)* exige ampla divulgação da demanda, que deve ser propagada por todos os meios de comunicação viáveis, primando, sempre que possível, a notificação individual<sup>65</sup>.

Após tecer esses esclarecimentos iniciais sobre a certificação das espécies de procedimento para o processamento da ação de classe, passa-se ao estudo específico de cada uma das alíneas da *Rule 23(b)*.

---

<sup>63</sup> *Rule 23(c)(2)(B)*: “*For (b)(3) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(3), the court must direct to class members the best notice that is practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice must clearly and concisely state in plain, easily understood language: (i) the nature of the action; (ii) the definition of the class certified; (iii) the class claims, issues, or defenses; (iv) that a class member may enter an appearance through an attorney if the member so desires; (v) that the court will exclude from the class any member who requests exclusion; (vi) the time and manner for requesting exclusion; and (vii) the binding effect of a class judgment on members under Rule 23(c)(3).*” *United States of America. Federal Rules of Civil Procedure. Class Action. New York. Cornell University Law School*. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/Rule23.htm> Acesso em: 20 jul 2010.

<sup>64</sup> *(3) Judgment. Whether or not favorable to the class, the judgment in a class action must: (A) for any class certified under Rule 23(b)(1) or (b)(2), include and describe those whom the court finds to be class members; and (B) for any class certified under Rule 23(b)(3), include and specify or describe those to whom the Rule 23(c)(2) notice was directed, who have not requested exclusion, and whom the court finds to be class members.* *United States of America. Federal Rules of Civil Procedure. Class Action. New York. Cornell University Law School*. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/Rule23.htm> Acesso em: 20 jul 2010.

<sup>65</sup> GRINOVER, *Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law...*, p. 242. A autora elucida nessa obra que os Estados Unidos adotaram o critério do *opt out* para as *class action*, mas outros países como a Alemanha, França, Itália adotam o sistema do *opt-in* que possibilita aos membros do grupo, devidamente notificados, que ingressem voluntariamente na demanda coletiva, tornando-se partes e vinculando-se aos efeitos positivos ou negativos da coisa julgada.

A primeira subespécie está prevista na Regra 23 (b)(1)(A)<sup>66</sup>, a chamada *incompatible standards class action*, em que a ação somente será reconhecida e certificada como de classe pelo magistrado se o processamento de ações individuais por membros da classe for capaz de criar riscos de pronunciamentos judiciais contraditórios que estabelecerão padrões de conduta incompatíveis entre o demandante e o demandado em relação aos demais membros da classe<sup>67</sup>.

Para Ada Pellegrini Grinover, a *Rule 23(b)(1)(A)* é uma norma cogente, ou seja, todas as situações que se enquadrarem nas condições ali descritas devem, necessariamente, ser solucionadas judicialmente por meio dessa espécie de *class action* e nunca por ações individuais, tendo em vista a indivisibilidade jurídica do interesse a ser tutelado<sup>68</sup>.

A *class action* prevista na *Rule 23(b)(1)(A)* vincula todos os membros da classe à decisão final do juízo, não permitindo que qualquer interessado requeira a sua exclusão dos efeitos da coisa julgada – critério do *opt out*, como é permitida na espécie de *class action* prevista na *Rule 23(b)(3)*<sup>69</sup>.

---

<sup>66</sup> *Rule 23(b)* “A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if: (1) prosecuting separate actions by or against individual class members would create a risk of: (A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual class members that would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class”. *United States of America. Federal Rule of Civil Procedure. Class Action. New York. Cornell University Law School.* Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/Rule23.htm>>, Acesso em: 20 jul 2010.

<sup>67</sup> MENDES, *op. cit.*, p. 82.

<sup>68</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade.* In: MILARÉ, Édís (Coord). *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 23 *apud* MENDES, *op. cit.*, p. 83.

<sup>69</sup> *Rule 23(c)* “*Certification Order; Notice to Class Members; Judgment; Issues Classes; Subclasses.* (...) (2) *Notice.* (A) For (b)(1) or (b)(2) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(1) or (b)(2), the court may direct appropriate notice to the class. (B) For (b)(3) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(3), the court must direct to class members the best notice that is practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice must clearly and concisely state in plain, easily understood language: (...) (v) that the court will exclude from the class any member who requests exclusion; (vi) the time and manner for requesting exclusion; (...) (3) *Judgment.* Whether or not favorable to the class, the judgment in a class action must: (A) for any class certified under Rule 23(b)(1) or (b)(2), include and describe those whom the court finds to be class members; and (B) for any class certified under Rule 23(b)(3), include and specify or describe those to whom the Rule 23(c)(2) notice was directed, who have not requested exclusion, and whom the court finds to be class members.” *United States of America. Federal Rule of Civil Procedure. Class Action. New York. Cornell University Law School.* Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/Rule23.htm>>, Acesso em: 20 jul 2010.

No direito brasileiro, os efeitos da coisa julgada nas ações coletivas para a defesa dos interesses e direitos difusos e coletivos estrito senso se equivalem aos da *Rule 23(b)(1)(A)*. Todavia, considerando que as normas processuais coletivas do direito brasileiro variam de acordo com o bem jurídico a ser tutelado, em sua essência, elas são melhores comparadas as extinta *true* e *hybrid class action* do direito norte-americano.

A segunda subespécie está prevista na *Rule 23(b)(1)(B)*<sup>70</sup>, sendo denominada por alguns autores como *limited fund class action*<sup>71</sup>. Segundo essa norma, no momento da análise dos pressupostos processuais, importa ao juiz considerar se, uma vez propostas ações individuais com aquele objeto e sob aquele fundamento jurídico, haverá o risco de surgir um pronunciamento judicial final favorável àqueles demandantes, mas que essa mesma decisão judicial implicará na disposição dos direitos de outros membros da mesma classe que não propuseram ação individual.

A título de elucidação no que concerne à “decisão judicial que implicará na disposição dos direitos de outros membros da mesma classe”, *mutatis mutandis*, pode-se citar como exemplo no direito brasileiro a ação proposta pelo credor que busca a satisfação do seu crédito com o pedido de falência de determinada sociedade empresária.

Essa sociedade empresária, de fato, não tem patrimônio suficiente para saldar a dívida de todos os seus credores, mas para evitar a quebra, ela dispõe de todos os seus recursos e efetua o depósito elisivo no valor da dívida apresentada somente pelo autor da ação falimentar.

Observe-se que, nessa hipótese, o depósito efetuado pela sociedade, na realidade, não é capaz de elidir a falência, mas sim de mascará-la, esvaziando o todo patrimônio ativo do devedor

---

<sup>70</sup> Rule 23(b) “A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if: (1) prosecuting separate actions by or against individual class members would create a risk of: (...) (B) adjudications with respect to individual class members that, as a practical matter, would be dispositive of the interests of the other members not parties to the individual adjudications or would substantially impair or impede their ability to protect their interests”. *United States of America. Federal Rule of Civil Procedure. Class Action. New York. Cornell University Law School.* Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/Rule23.htm>. Acesso em: 20 jul 2010.

<sup>71</sup> KLONOFF, Robert H., *Class action and other multi-party litigation in a nutshell*, p. 54; e FRIEDENTHAL, Mary Key Kane e MILLER, Arthur R., *Civil Procedure*, p. 294 *apud* MENDES, *op. cit.*, p. 85.

e impedido que os demais credores tenham a oportunidade de ao menos receber parte de seu crédito num eventual concurso de credores no procedimento de falência.

Se o juiz considerar o depósito daquele valor como elisivo e deixar de decretar a falência, ele estará privilegiando aquele credor que receberá o seu crédito integralmente e estará dispondo do único patrimônio que a sociedade devedora tem para pagar, ao menos em parte, os demais credores. Nesse sentido, a decisão correta e justa é decretar a falência e instaurar o concurso de credores para que todos recebam, ao menos parte, do que lhe é de direito, seguindo a ordem estabelecida por lei.

Cabe ressaltar que a falência não é uma ação coletiva propriamente dita no direito brasileiro, muito embora seja um procedimento coletivo de execução. Mas, esse exemplo permite tornar claro o escopo protetivo da *limited fund classe action*. Se o magistrado, ao invés de decretar a quebra, aceitar como válido o depósito elisivo, saldando a dívida de apenas um credor da sociedade, estará impedindo que outros credores interessados recebam ao menos parte da dívida<sup>72</sup>.

Assim, a decretação da quebra e a instauração do processo falimentar no exemplo citado é o meio mais justo de se solucionar a questão de modo que todos os credores, em concurso, poderão exercer os seus direitos em relação àquele devedor.

Ou seja, a *limited fund class action* é o meio processual mais eficiente e justo de solucionar litígios envolvendo direitos coletivos em que possa haver prejuízo de uns em favor de outros, protegendo o direito de todos os envolvidos de maneira equânime.

---

<sup>72</sup> Aluisio Gonçalves de Castro Mendes cita o seguinte exemplo em sua obra: “A Regra 23(b)(1)(B) pode ser invocada, por exemplo, se membros de uma classe tiverem perseguindo o pagamento de quantias compensatórias, que seriam subtraídas de um fundo comum limitado. Portanto, se porções do fundo forme distribuídas em ações individuais, com base na precedência dos processos, o patrimônio poderá estar completamente exaurido, retirando, assim, na prática, de parte dos membros da classe, que também detinham direitos da mesma espécie, a oportunidade de tutela dos seus respectivos interesses.”. MENDES, *op. cit.*, p. 84.

Segundo alguns doutrinadores<sup>73</sup>, essa finalidade outorga à *limited fund class action* um caráter cogente, impondo o seu processamento diante dessas situações e vinculando a todos os membros da classe à coisa julgada, sem a possibilidade de qualquer membro requerer a exclusão dos seus efeitos, nos moldes do critério do *opt out*.

A *Rule 23(b)(2)* prevê a segunda espécie de ação de classe denominada *injunctive or declaratory social reform litigation*, ou ainda, *public law litigation*<sup>74</sup>. Segundo essa regra, no momento da análise dos pressupostos processuais, a Corte deverá constatar se, no caso concreto, a parte ré agiu ou se recusou a agir de determinada maneira, deixando de observar direitos que são aplicáveis a uma classe ou categoria como um todo, muito embora apenas um ou alguns indivíduos estejam reivindicando os seus direitos<sup>75</sup>.

Observe-se que não é necessário que todos os integrantes da classe tenham sido diretamente afetados pela conduta do agente, mas a Corte deverá considerar se, no caso concreto, os atos praticados pelo demandado afrontam, mesmo que indiretamente, a classe como um todo, ainda que somente alguns venham a solicitar um provimento judicial<sup>76</sup>.

Esse comportamento comissivo ou omissivo praticado de forma abusiva pelo réu em relação aos direitos da classe pode ter sido perpetrado de forma direta por ele ou por meio da edição de algum regulamento que estabeleçam normas lesivas<sup>77</sup>.

---

<sup>73</sup> KLNOFF, Robert H. *Class actions and other multi-party litigation in a nutshell*. St. Paul: West, 1999, p. 54 e FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur. *Civil Procedure*. 3 ed. St. Paul: West, 1999, p. 294 *apud* MENDES, *op. cit.*, p. 85.

<sup>74</sup> MENDES, *op. cit.*, p. 85.

<sup>75</sup> Rule 23(b) “A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if: (...) (2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds that apply generally to the class, so that final injunctive relief or corresponding declaratory relief is appropriate respecting the class as a whole”. *United States of America. Federal Rule of Civil Procedure. Class Action*. New York. Cornell University Law School. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/Rule23.htm>. Acesso em: 20 jul 2010.

<sup>76</sup> MENDES, *op. cit.*, p. 86.

<sup>77</sup> *Ibid.*, p. 86.

Assim, por ter o objetivo de cessar a prática abusiva cometida pelo réu ou, então, obrigá-lo a agir de determinada maneira para que passe a observar os direitos da classe, a *Rule 23(b)(2)* prevê norma cujo pedido e o provimento jurisdicional na ação de classe tem natureza declaratória, mandamental ou condenatória em obrigação de fazer ou não fazer, sem, contudo, possibilitar o pedido e a condenação indenizatória<sup>78</sup>.

Márcio Flávio Mafra Leal ressalta que essa espécie de ação de classe, nos moldes em que foi elaborada, tem sido comumente utilizada para a concretização de determinadas políticas públicas tais como: ações afirmativas e outras de relevante interesse social<sup>79</sup>.

Ainda segundo esse autor, em razão da dispersão dos titulares desses direitos, a lei prevê que, nesse tipo de *class action* assim como as anteriormente abordadas, os efeitos da coisa julgada, necessariamente, alcançarão a todos indistintamente e impossibilita que os membros exerçam os seus direitos de exclusão, segundo o critério do *opt out*<sup>80</sup>.

Por fim, a última espécie está prevista na *Rule 23(b)(3)*<sup>81</sup>, sendo comumente conhecida como *class action for damages*. Segundo essa regra, se a Corte concluir que as questões de direito ou de fato comuns aos membros da classe prevalecem sobre as questões que afetam apenas aos membros individuais e verificar a superioridade do processamento da demanda como ação de classe em detrimento da ação individual, deverá certifi-cá-la.

---

<sup>78</sup> LEAL, *op. cit.*, p.157/158.

<sup>79</sup> *Ibid.*, p. 159.

<sup>80</sup> *Ibid.*

<sup>81</sup> *Rule 23(b)* “A class action may be maintained if Rule 23(a) is satisfied and if: (...) (3) the court finds that the questions of law or fact common to class members predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for fairly and efficiently adjudicating the controversy. The matters pertinent to these findings include: (A) the class members’ interests in individually controlling the prosecution or defense of separate actions; (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already begun by or against class members; (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; and (D) the likely difficulties in managing a class action.” *United States of America. Federal Rule of Civil Procedure. Class Action*. New York. Cornell University Law School. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/Rule23.htm>. Acesso em: 20 jul 2010.

Nesse sentido, a viabilidade da *class action for damages* terá por base o binômio da “predominância” das questões comuns sobre as individuais e da “superioridade” do processamento da ação coletiva em relação às demais possibilidades processuais<sup>82</sup>.

Para tanto, a *Rule 23(b)(3)* prevê em suas alíneas que a Corte deverá considerar o seguinte: se os direitos dos membros da classe serão melhores defendidos em ações individuais, nas quais cada indivíduo poderão produzir a sua defesa técnica e as suas provas; a extensão da lesão na dimensão da sociedade como um todo; a conveniência e preponderância de se concentrar num mesmo processo as reivindicações particulares de cada membro da classe; bem como as dificuldades ou facilidades na gestão de uma provável ação de classe.

Sobre a *class action for damages*, Ada Pellegrini Grinover tece importantes elucidações no sentido de que

o espírito geral da regra está informado pelo princípio do acesso à justiça, que no sistema norte-americano se desdobra em duas vertentes: a de facilitar o tratamento processual de causas pulverizadas, que seriam individualmente muito pequenas, e a de obter a maior eficácia possível das decisões judiciais. E, ainda, mantém-se aderente aos objetivos de resguardar a economia de tempo, esforços e despesas e de assegurar a uniformidade das decisões. O requisito da prevalência dos aspectos comuns sobre os individuais indica que, sem isso, haveria desintegração dos elementos individuais; e o da superioridade leva em conta a necessidade de se evitar o tratamento de ação de classe nos casos em que ela possa acarretar dificuldades insuperáveis, aferindo-se a vantagem, no caso concreto, de não se fragmentarem as decisões<sup>83</sup>.

Sublinhe-se que, diferentemente da *Rule 23(b)(2)*, na *Rule 23(b)(3)* é possível deduzir em juízo pedidos indenizatórios fundamentados na responsabilidade civil, mesmo que os danos tenham sido causados individualmente.

Marcelo Abelha Rodrigues pontua que a semelhança entre a *class action for damages* e a ação coletiva brasileira que visa a tutelar direitos individuais homogêneos não é mera

---

<sup>82</sup> GRINOVER, *Da class action for damages...*, p. 23.

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 24.

coincidência, pois o regramento do artigo 91 e seguintes do Código de Proteção e Defesa do Consumidor teve como inspiração essa norma do direito norte-americano<sup>84</sup>.

Ao certificar a *class action for damages*, a Corte deverá ordenar que os membros da classe tomem ciência, de maneira mais eficiente possível, quanto à existência da demanda, priorizando-se, sempre que forem viáveis, as notificações pessoais, de modo a permitir que todos aqueles que desejam de ser excluídos dos efeitos da coisa julgada dessa ação, se manifestem em juízo nesse sentido<sup>85</sup>.

Ada Pellegrini Grinover esclarece que o direito norte-americano adotou o critério o *opt out* consistente “em permitir que cada indivíduo, membro da classe, requeira em juízo sua exclusão da demanda coletiva, de modo a ser considerado terceiro não sujeito à coisa julgada.”<sup>86</sup>.

Nessas notificações, a Corte deverá de modo claro e conciso, expor em linguagem de fácil entendimento: a natureza da ação; a definição da classe certificada; as pretensões, questões ou defesas da classe; informar que ele poderá ingressar no processo, sendo assistido por advogado, se desejar; informar que a corte excluirá da classe qualquer membro que assim requerer expressamente; informar o prazo e a maneira para requerer a sua exclusão; e, por fim, o efeito vinculante da coisa julgada em relação a todos os membros que não requereram a exclusão, nos moldes da *Rule 23(c)(3)*<sup>87</sup>.

---

<sup>84</sup> RODRIGUES, *op. cit.*, p. 32.

<sup>85</sup> Rule 23(c) Certification Order; Notice to Class Members; Judgment; Issues Classes; Subclasses. (...) (2) Notice. (...) (B) For (b)(3) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(3), the court must direct to class members the best notice that is practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice must clearly and concisely state in plain, easily understood language. United States of America. Federal Rule of Civil Procedure. Class Action. New York. Cornell University Law School. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/Rule23.htm>. Acesso em: 20 jul 2010.

<sup>86</sup> GRINOVER, *Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law...*, p. 241/242.

<sup>87</sup> Rule 23(c) Certification Order; Notice to Class Members; Judgment; Issues Classes; Subclasses. (...) (2) Notice. (...) (B) For (b)(3) Classes. For any class certified under Rule 23(b)(3), the court must direct to class members the best notice that is practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice must clearly and concisely state in plain, easily understood language: (i) the nature of the action; (ii) the definition of the class certified; (iii) the class claims, issues, or defenses; (iv) that a class member may enter an appearance through an attorney if the member so desires; (v) that

Nesse sentido, todos os demais membros da classe que, uma vez devidamente notificados, não tenham exercido a opção de excluir-se judicialmente da demanda, serão equiparados às partes e sofrerão todos os efeitos da coisa julgada, seja a decisão judicial favorável ou não.

Daí porque a ampla publicidade é primordial para o processamento da *class action for damage*, devendo ser exploradas não só as notificações individuais sempre que possíveis, mas também todos os meios de comunicação eficientes para que os membros da classe possam exercer o seu direito de exclusão, se assim desejarem.

Márcio Flávio Mafra Leal ressalta que a única maneira de dispensar a notificação ocorre quando alguma entidade pública é parte autora representante da coletividade, pois, nesse caso, a Corte presume a sua representatividade adequada, dispensando o consentimento dos membros da classe<sup>88</sup>.

Diante da estruturação das normas que regem a ação coletiva norte-americana é possível inferir que o legislador evitou a tipificação das espécies de *class action* com base no direito material a ser tutelado, como havia feito em relação à *true, hybrid e spurious class action*, e preferiu adotar um critério de natureza processual, com regras casuísticas, na qual o papel do juiz no exame dos pressupostos processuais e no enquadramento das espécies de *class actions* é objetivo<sup>89</sup>.

---

*the court will exclude from the class any member who requests exclusion; (vi) the time and manner for requesting exclusion; and (vii) the binding effect of a class judgment on members under Rule 23(c)(3). United States of America. Federal Rule of Civil Procedure. Class Action. New York. Cornell University Law School. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/Rule23.htm>. Acesso em: 20 jul 2010.*

<sup>88</sup> LEAL, *op. cit.*, p.161. Para reforçar a importância da notificação dos interessados nas *class actions*, o autor exemplificou o célebre caso *Eisen v. Carlise & Jacquelin*, em que o Poder Judiciário norte-americano não certificou o processamento sobre a forma coletiva por não aceitar a notificação por amostragem da classe, notificação essa que consistia em anúncios em jornais e notificação individual de cerca de dois milhões de investidores regulares de um universo de seis milhões de pequenos investidores lesados.

<sup>89</sup> RODRIGUES, *Ação Civil Pública e o Meio Ambiente...*, p. 30/31.

O interesse no aprimoramento das regras da *class action* no direito norte-americano retrata a preocupação da Corte Superior no sentido de manter o equilíbrio entre a busca de soluções céleres, econômicas e ampliativas do acesso à Justiça e a preservação do direito de defesa, do devido processo legal e de soluções verdadeiramente justas e harmônicas, destacando a importância das ações de classe para a defesa de todos os direitos cuja lesão tenha sido socializada.

Os preceitos das *class actions* norte-americanas serviram de inspiração aos juristas brasileiros, não só para a criação das normas que atualmente regulam o microsistema de tutela coletiva vigente, mas também para a modernização das já existentes, mormente no que tange à Lei da Ação Civil Pública e o Título III do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, conforme se verá a seguir.

### 1.3. A tutela coletiva no direito brasileiro e o microsistema atualmente vigente.

A primeira legislação especificamente estruturada como baliza da tutela coletiva no Brasil surgiu com a Lei 4.717/65 que, até hoje em vigor, regulamenta as normas processuais referentes à ação popular.

Muito embora desde 1934 a ação popular já tivesse previsão constitucional, antes do advento da Lei 4.717/65, não havia norma infraconstitucional que regulasse o seu procedimento, razão pela qual, no plano prático, a sua utilização ficava muito prejudicada<sup>90</sup>.

---

<sup>90</sup> Constituição Federal de 1934, artigo 113: “A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...) 38) Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.” BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao34.htm) Acesso em 20 jul 2010.

Com a entrada em vigor da Lei da 4.717/65, a ação popular tornou-se um efetivo instrumento de tutela coletiva do cidadão para pleitear em juízo a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados ou Municípios.

Nela estabeleceu-se um rol de legitimados passivos, definiu-se a competência para processar e julgar o feito, assim como todos os demais procedimentos a serem observados durante a demanda.

Além disso, a Lei 4.717/65 inovou, passando a delimitar expressamente quais são os bens que representam o patrimônio público a ser tutelado pela ação popular, descrição essa que nunca esteve prevista nas Constituições Federais. Assim, segundo a referida lei, o patrimônio público é composto por aqueles bens e direitos públicos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico<sup>91</sup>.

Quando a Lei da Ação Popular entrou em vigor não havia estudo aprofundado sobre as espécies de interesses e direitos transindividuais e nem estava formada a noção do modelo ideal de processo coletivo a ser aplicado em nosso ordenamento.

De fato, a Lei 4.717/65 foi precursora do processo coletivo no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, com o passar do tempo, percebeu-se que essa lei era deficiente em muitos aspectos.

Humberto Dalla Bernardina de Pinho sublinha que

tal ação não era suficiente para assegurar uma efetiva tutela dos interesses coletivo; primeiro, porque o seu objeto era limitado, se restringindo, naquela época, às matérias concernentes ao patrimônio público e à moralidade administrativa (não podendo, por conseguinte, a ação ser utilizada para proteção da infância e da juventude, dos direitos dos consumidores, de classes de trabalhadores, entre outros); e, segundo, porque o cidadão geralmente se encontrava em situação de desvantagem perante os entes públicos réus na

---

<sup>91</sup> O vocábulo “turístico” foi posteriormente acrescentado pela Lei 6.513/77, não tendo feito parte da redação original da Lei 4.717/65.

ação popular, que invariavelmente possuíam melhores recursos para se defender adequadamente em juízo<sup>92</sup>.

Além dessas, Marcelo Abelha Rodrigues destaca, ainda, a taxatividade do rol de legitimados passivos previsto expressamente na Lei 4.717/65 como mais uma de suas deficiências processuais<sup>93</sup>.

Durante a década de oitenta, a preocupação com a proteção do meio ambiente somada ao fortalecimento do Ministério Público como instituição responsável por proteger os interesses e direitos da sociedade, vários juristas começaram a se atentar para a necessidade da implementação de uma lei que efetivamente regulasse a tutela coletiva dos direitos transindividuais no Brasil<sup>94</sup>.

O §1º do artigo 14 da Lei 6.938/81 já previa que “*o Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente*”.

O inciso III do artigo 3º da Lei Complementar 40/81 também já estabelecia como função institucional do Ministério Público a promoção de ação civil pública nos termos da lei que, por certo, ainda haveria de ser criada<sup>95</sup>.

Contudo, apesar dessas previsões na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente e na Constituição Federal de 1988, ainda, não existia uma lei que regulasse o procedimento a ser seguido para o processamento da ação civil pública.

---

<sup>92</sup> DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina. *A tutela coletiva no Brasil e a sistemática dos novos direitos*. Artigo Jurídico disponível em [www.humbertodalla.pro.br/arquivos/a\\_tutela\\_coletiva\\_e\\_os\\_novos\\_direitos.pdf](http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/a_tutela_coletiva_e_os_novos_direitos.pdf) Acesso em 11 dez 2011.

<sup>93</sup> RODRIGUES, *Ação Civil Pública e o Meio Ambiente...*, p. 13/14.

<sup>94</sup> Sob o ponto de vista legislativo, pode-se dizer que a Lei da Ação Civil Pública teve sua origem em razão da necessidade de regulamentar o artigo 14, §1º da Lei 6.938/81 que trata da Política Nacional do Meio Ambiente e do artigo 3º, inciso III da Lei Complementar 40/81, Lei Orgânica do Ministério Público Nacional.

<sup>95</sup> Lei complementar que estabelece normas gerais a serem adotadas na organização do Ministério Público estadual.

Diante desse contexto, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz, grupo de juristas renomados e professores do Departamento de Processo da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, elaboraram o primeiro anteprojeto de lei que teve por objetivo regular a ação coletiva no Brasil<sup>96</sup>.

Enriquecido e modificado com as sugestões de José Carlos Barbosa Moreira no I Congresso Nacional de Direito Processual realizado na cidade de Porto Alegre em julho de 1983, o anteprojeto foi apresentado pelo Deputado Federal Flávio Bierrenbach à Câmara dos Deputados e se transformou no Projeto de Lei n. 3.034/84 do Poder Legislativo<sup>97</sup>.

Paralelamente a isso, os promotores de justiça do Estado de São Paulo, Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Júnior retomaram a tese sobre “A ação civil pública” apresentada ao XI Seminário Jurídico de Grupos de Estudo do Ministério Público de São Paulo, alterando e incluindo novas sugestões, transformando-a no segundo anteprojeto de lei<sup>98</sup>.

Nessa ocasião, o trabalho foi apresentado pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público ao Governo Federal na pessoa do Ministro da Justiça, Ibrahim Abi-Ackel, que, por mensagem do governo, encaminhou o segundo anteprojeto ao Congresso Nacional que o recebeu como o Projeto de Lei n. 4.984/85 do Poder Executivo<sup>99</sup>.

Ao cotejar ambos os projetos de lei, Hugo Nigro Mazzilli<sup>100</sup> assevera que o projeto do Poder Executivo teve objeto mais amplo do que o projeto da Câmara dos Deputados, porque

---

<sup>96</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 123.

<sup>97</sup> *Ibid.*

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 123/124.

<sup>99</sup> *Ibid.*, p. 124.

<sup>100</sup> MAZZILLI, *op.cit.*, p. 125/126.

admitiu a ação civil pública não só para a proteção do meio ambiente e do patrimônio cultural, como também do consumidor e de outros interesses difusos<sup>101</sup>.

Além disso, segundo o autor, o projeto do Poder Executivo se destacou não só quando conferiu ao Ministério Público a defesa dos direitos transindividuais, como também quando propôs a criação do inquérito civil como meio de investigação pré-processual exclusiva do *Parquet*, inovações essas que foram posteriormente acolhidas pela Constituição Federal de 1988<sup>102</sup>.

O Projeto criado pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público estabeleceu, ainda, a competência funcional absoluta para o processo e julgamento das ações civis públicas; fez referência à ação cautelar; dobrou o prazo de carência para que as associações fossem consideradas legitimadas, fixando-o em pelo menos um ano a partir da sua constituição; passou a prever como crime a conduta de recusar, retardar ou omitir dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público; assim como impôs ao *Parquet* o dever de assumir a execução, em caso de abandono da ação por parte da associação legitimada<sup>103</sup>.

Por estar mais completo e abrangente, o Projeto de Lei 4.984/95 apresentado pelo Poder Executivo tramitou de modo mais célere no Congresso Nacional e, por conseguinte, foi sancionado pelo Presidente da República, vindo a se tornar a Lei 7.347 publicada em 25 de julho de 1985, que regula, desde então, as normas processuais aplicáveis à ação civil pública.

O projeto apresentado pela Câmara dos Deputados não mencionava a expressão “ação civil pública”, denominação essa conferida pelo projeto do Poder Executivo, porque,

---

<sup>101</sup> A expressão “outros interesses difusos” foi vetada no projeto original apresentado pelo Poder Executivo e somente passou a fazer parte efetivamente da Lei 7.347/85 quando entrou em vigor a Lei 8.078/90 - Código de Proteção e Defesa do Consumidor, estando este dispositivo vigente até o presente momento.

<sup>102</sup> MAZZILLI, *op. cit.*, p. 124.

<sup>103</sup> *Ibid.*, p. 127.

inicialmente, na concepção dos elaboradores, tratava-se de instrumento processual cuja legitimidade era conferida somente ao Ministério Público para propor ação na esfera civil com o objetivo de defender dos direitos de natureza transindividual, contrapondo-se à expressão “ação penal pública”.

No entanto, o referido projeto foi alterado e a legitimidade ativa para a propositura da ação civil pública acabou sendo estendida à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e, respectivamente, às suas autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista; bem como para as associações civis, essas com inspiração na *Loi Royer* francesa de 1973<sup>104</sup>.

Apesar dessa modificação no projeto original quanto aos legitimados ativos, a nomenclatura *ação civil pública* acabou não sendo objeto de emenda por qualquer das Casas do Congresso Nacional na oportunidade de sua apreciação. Não houve interesse em alterá-la para uma expressão mais genérica e simples, tal como *ação coletiva*. Por essa razão, desde então, permanece aquela expressão para qualificar a ação de natureza coletiva regulada pela Lei 7.347/85.

Na exposição de motivos da Lei 7.347/85, o Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel, relator do Projeto de Lei 4.984/95, destacou que a ação civil pública brasileira foi inspirada na *class action* norte-americana prevista na Rule 23 da *Federal Rules of Civil Procedure*, porque percebeu-se que lá a experiência com aquele modelo de tutela processual estava sendo bem sucedida e, por essa razão, *mutatis mutandis*, deveria ser aplicada aqui no Brasil<sup>105</sup>.

---

<sup>104</sup> ZAVASCKI, *op. cit.*, p. 29.

<sup>105</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. *Exposição de Motivos da Lei 7.347/85*. Brasília. Disponível em <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJCA4FF8F8ITEMID66DECCB1A31140A8B3D51DCEA2AC35B9PTBRNN.htm>. Acesso em 21 jul 2010.

Todavia, Marcelo Abelha Rodrigues sublinha que ambos os projetos que visavam a dar origem a Lei 7.347/85 não tiveram como supedâneo a estrutura processual atual da *class action* que, após diversas alterações, a partir do ano de 1966 passou a tipificar suas espécies de acordo com um critério estritamente processual<sup>106</sup>.

Segundo o referido autor, tanto o projeto de lei da Câmara dos Deputados, quanto o do Poder Executivo, parecem ter se inspirado na *true* e na *hybrid class action* para delinearem a tutela dos interesses e direitos difusos e coletivos estrito senso por meio da ação civil pública, uma vez que o critério utilizado para se distinguir essas espécies é a natureza do bem jurídico a ser tutelado, conforme era feito nas primeiras espécies de *class action*.

Ressalte-se que aquelas espécies da *class action* norte-americana serviram como modelo inspirador, mas o legislador brasileiro buscou adaptá-la à realidade do nosso ordenamento jurídico, alterando, principalmente, o instituto da coisa julgada e da legitimidade<sup>107</sup>.

No entanto, no que tange aos interesses e direitos individuais homogêneos, esses, de fato, tiveram como base a moderna estrutura da *class action* norte-americana, mais especificamente, na Rule 23(b)(3).

Assim, tendo em vista a elaboração do projeto de lei que visava à criação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, alguns dos juristas que participaram dos projetos de lei que culminaram na Lei 7.347/85, inseriram dispositivos processuais atinentes à tutela coletiva dos interesses e direitos individuais homogêneos no projeto que veio a se tornar a Lei 8.078/90.

Observe-se que, até advento do Capítulo II, do Título III, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, não havia expressamente consignado em texto de lei a nomenclatura e a

---

<sup>106</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação Civil Pública*. In: DIDIER JR., Fredie (Org). *Ações Constitucionais*. 4 ed. Salvador: Podivm, 2009, p. 337.

<sup>107</sup> *Ibid.*

definição legal dos direitos difusos e coletivos estrito senso, deixando-se tais qualificações a cargo dos estudiosos sobre o assunto.

Somente a partir da entrada em vigor da Lei 8.078/90, os interesses e direitos difusos e coletivos estrito senso passaram a ter o seu conceito definido em lei<sup>108</sup>, e a tutela coletiva dos interesses e direitos individuais homogêneos foi inserida no ordenamento jurídico pátrio por meio do seu Capítulo II inserido no Título III, com as devidas adaptações referentes às normas importadas da *Rule 23(b)(3)* da *Federal Rules of Civil Procedure* norte-americana<sup>109</sup>.

Entretanto, cabe ressaltar que, muito embora o capítulo que trata da tutela coletiva dos interesses e direitos individuais homogêneos tenha sido inserido na Lei 8.078/90, as regras processuais ali previstas não se restringem à tutela do direito do consumidor, aplicando-se, também, à tutela de todos os direitos materiais do ordenamento jurídico brasileiro que tenham se qualifiquem como individual homogêneo.

E isso se dá porque, o artigo 117 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor inseriu o artigo 21 na Lei da Ação Civil Pública prevendo que se aplica à defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, no que for compatível, todo o regramento para a defesa do consumidor em juízo previsto naquele código, estabelecendo-se, por conseguinte, a simbiose entre as duas legislações para o regramento da tutela coletiva no Brasil<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”. BRASIL. Presidência da República. Legislação Ordinária. Lei 8.078/90. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm). Acesso em: 03 nov 2010.

<sup>109</sup> O Capítulo II do Título III do Código de Proteção e Defesa do Consumidor passou a regular as ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos.

<sup>110</sup> RODRIGUES, *Ação Civil Pública... In: DIDIER (Org)., Ações Constitucionais...*, p. 338/339.

Marcelo Abelha Rodrigues esclarece que, quanto às normas processuais, em regra, a tutela dos direitos difusos e coletivos se faz de modo direto pela Lei 7.347/85, sendo que a tutela dos direitos individuais homogêneos seguirá a norma contida nos artigos 91 a 100 da Lei 8.078/90. Contudo, as demais normas do Título III do Código de Proteção e Defesa do Consumidor são aplicáveis aos direitos difusos, coletivos estrito senso e individual homogêneo indistintamente<sup>111</sup>.

Nesse sentido, o autor assevera que a Lei 7.347/85 passou a ter uma ligação *visceral* com o Título III da Lei 8.078/90, de modo que não há como se considerar a dinâmica procedimental da ação civil pública somente se baseando na sua legislação originária, tornando-se imperativa a leitura combinada de ambos os diplomas<sup>112</sup>.

O que se verifica da análise do Título III do Código de Proteção e Defesa do Consumidor são dispositivos que já deveriam constar na Lei da Ação Civil Pública, mas que foram vetados em seu texto original, assim como, dispositivos que foram elaborados visando atender a necessidade de aprimoramento das próprias regras processuais atinentes a ação civil pública, diante da experiência prática adquirida nos cinco anos de aplicação isolada da Lei 7.347/85 até a entrada em vigor da Lei 8.078/90<sup>113</sup>.

Marcelo Abelha Rodrigues leciona que

no seu texto original, aprovado em 1985, o legislador apenas tinha previsto a ação de responsabilidade, portanto, de índole condenatória. Entretanto, com o advento do CDC, criou-se uma umbilical ligação entre a LACP e aquele, de modo que qualquer tipo de ação é possível para defender os direitos difusos e coletivos que constituem o objeto de tutela da presente lei. Assim, qualquer modalidade de pedido poderá ser deduzida em juízo, sendo instrumentalizada por meio das mais diversas técnicas processuais, v.g., mandamental, condenatória, condenatória com execução *lato sensu*, declaratória ou constitutiva, para se atender à tutela dos bens protegidos pela Lei n.º. 7.347/85. Com o advento da CF/88 e do CDC (a comissão que fez parte de processo do CDC participou

---

<sup>111</sup> RODRIGUES, *Ação Civil Pública... In: DIDIER (Org.), Ações Constitucionais...*, p. 339.

<sup>112</sup> *Ibid.*

<sup>113</sup> *Ibid.*, p. 338/339.

também da LACP) houve um incremento da parte da lei que estava faltante, que a experiência jurisprudencial entendeu necessária e também para atender aos reclames da doutrina (como o próprio conceito de direito difuso e coletivo até então inexistente) e a introdução da novidade que seria a defesa de direitos individuais homogêneos. Foi criado por obra do art. 117 do CDC (que criou o art. 21 da LACP), o que temos denominado “jurisdição civil coletiva”, que se constitui nas regras processuais que formam um esqueleto de processo civil coletivo (técnicas processuais diferenciadas para a tutela de direitos coletivos *lato sensu*).<sup>114</sup>”

Observe-se que no Brasil ainda não há um diploma único ou um código que contemple todas as normas que regulam a tutela coletiva, existindo apenas um microsistema integrado por leis esparsas que se complementam quanto aos seus institutos.

Luiz Fux<sup>115</sup>, quando ainda Ministro do Superior Tribunal de Justiça, reconheceu existência desse microsistema de tutela coletiva ao proferir voto em um Recurso Especial que atuou como Relator, assinalando que

a Carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microsistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas.<sup>116</sup>

No entanto, cabe ressaltar que, o suprimento das lacunas existente no microsistema deve ser feito primariamente com as leis que o integram, sendo que o intérprete somente buscará complementá-lo com as normas do Código de Processo Civil quando naquele corpo sistemático de normas de tutela coletiva não for possível suprir as lacunas legislativas.

E por se tratar de um microsistema, é evidente que a ação civil pública não é o único instrumento processual de tutela coletiva do direito brasileiro, consistindo apenas em uma das

<sup>114</sup> RODRIGUES, *Ação Civil Pública e Meio Ambiente...*, p. 18.

<sup>115</sup> Atualmente exercendo o cargo de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

<sup>116</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial 752.190/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 10/10/2006, DJ 13/11/2006 p. 231.

espécies de ação coletiva previstas no ordenamento pátrio e que tem por objetivo responsabilizar os causadores de danos morais e patrimoniais ao meio ambiente; ao consumidor; a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; por infração da ordem econômica e da economia popular; e à ordem urbanística, nos moldes previstos no artigo 1º e incisos da Lei 7.347/85,.

Ao lado da Lei 7.347/85 - Lei da Ação Civil Pública e do Título III do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, integram o microssistema de tutela coletiva atualmente vigente no ordenamento jurídico brasileiro: a Lei 4.717/65 – Lei da Ação Popular; a Lei 8.429/92 – Lei da Improbidade Administrativa; a Lei 6.938/81 – Lei da Política Nacional do Meio Ambiente; a Lei 12.016/2009 – Lei do Mandado de Segurança individual e coletivo; a Lei 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente; a Lei 7.853/89 - Lei dos Portadores de Deficiência Física; Lei 10.741/2003 – Estatuto do Idoso; a Lei 7.913/89 - Lei da Proteção a Investidores do Mercado Financeiro; a Lei 8.884/94 - Lei de Defesa da Ordem Econômica e da Livre Concorrência; e a Lei 8.625/93 - Lei Orgânica do MP.

No entanto, o que se percebe na prática é que a Lei 7.347/85, conjuntamente com o Título III do Código de Defesa do Consumidor, é o instrumento processual de tutela coletiva mais comumente utilizado para a defesa dos interesses e direitos transindividuais, além de representar a base para todo o microssistema de tutela coletiva.

Apesar dessa evolução legislativa em termos de tutela coletiva no Brasil, mormente a partir da década de oitenta, todo esse conjunto de normas esparsas ainda apresenta lacunas e inseguranças quanto a sua aplicação, por não estarem reunidas e organizadas numa estrutura legislativa única.

Em razão disso, com o desejo de aperfeiçoar a tutela dos direitos transindividuais no Brasil, juristas e estudiosos dessa área do direito já elaboraram um Anteprojeto de Código

Brasileiro de Processos Coletivos que visa a reunir em um só diploma legislativo todas as normas materiais e processuais atinentes à tutela coletiva no Brasil para tornar esse instituto mais adequado, coeso e eficiente.

### 1.3.1. As novas perspectivas do microsistema brasileiro de tutela coletiva.

Em outubro de 2004, na Venezuela, ocorreu um novo marco no direito processual coletivo comparado, tendo em vista o surgimento do Código Modelo de Processos Coletivos elaborado pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual<sup>117</sup>.

A elaboração desse Código Modelo teve por objetivo servir de inspiração e referência para que os países Ibero-Americanos realizassem reformas em seus sistemas processuais de tutela coletiva, aprimorando-os e tornando o direito processual coletivo mais homogêneo em um nível internacional<sup>118</sup>.

Essa necessidade de reforma foi percebida por juristas de vários países que, ao se reunirem para discutir a defesa dos direitos transindividuais, notaram que os sistemas processuais dos países eram muito distintos entre si e, na maior parte, deficitários ou até quase inexistentes<sup>119</sup>.

Assim, Antonio Gidi, em um seminário internacional realizado em Roma pelo *Centro di Studi Giuridici Latino Americani* da *Università degli Studi di Roma – Tor Vergata*, sugeriu a

---

<sup>117</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Coord). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 449.

<sup>118</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Exposição de Motivos do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América*, p. 03. Disponível em: [http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo\\_exposicaodemotivos\\_2\\_28\\_2\\_2005.pdf](http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo_exposicaodemotivos_2_28_2_2005.pdf). Acesso em: 23 dez 2010.

<sup>119</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Exposição de Motivos do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América*, p. 03. Disponível em: [http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo\\_exposicaodemotivos\\_2\\_28\\_2\\_2005.pdf](http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo_exposicaodemotivos_2_28_2_2005.pdf). Acesso em: 23 dez 2010.

elaboração de um Código Modelo de Processos Coletivos para os países Ibero-Americanos com a finalidade de criar um trabalho internacional que sirva de modelo concreto para inspirar as reformas necessárias naqueles países, bem como um repositório de princípios de tutela coletiva e, com isso, se consiga homogeneizar a defesa dos interesses e direitos transindividuais nos países de cultura jurídica comum<sup>120</sup>.

Incumbidos pela presidência do referido instituto a 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 Montevidéu, em outubro de 2002, na qual a proposta foi transformada em anteprojeto<sup>121</sup>.

O anteprojeto converteu-se em projeto e 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<sup>122</sup>.

Ada Pellegrini Grinover, na Exposição de Motivos do Código Modelo de Processos Coletivos, explica que

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

---

<sup>120</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Exposição de Motivos do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América*, Disponível em: [http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo\\_exposicaodemotivos\\_2\\_28\\_2\\_2005.pdf](http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo_exposicaodemotivos_2_28_2_2005.pdf). Acesso em: 23 dez 2010, p. 03.

<sup>121</sup> *Ibid.*, p. 04.

<sup>122</sup> *Ibid.*

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<sup>123</sup>.

A referida autora elucida que esse Código Modelo foi profundamente analisado e debatido no Brasil por ela e Kazuo Watanabe, no final do ano de 2003, com o objetivo de inseri-las no ordenamento jurídico brasileiro, aperfeiçoando o atual sistema vigente, sem, contudo, desfigurá-lo. A partir daí é que surgiu a idéia da elaboração de um Código Brasileiro de Processos Coletivos<sup>124</sup>.

Assim, o Código Modelo de Processo Coletivo para Ibero-América foi um trabalho de cunho internacional que se tornou uma importante fonte de inspiração para o direito processual coletivo nos países latino-americanos e, principalmente, de parâmetro para os juristas brasileiros começarem a estudar o aperfeiçoamento do nosso sistema atual<sup>125</sup>.

Diante disso, aproveitando o ensejo, Ada Pellegrini Grinover, professora titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, coordenou o trabalho de um grupo de pós-graduandos que se dispôs a elaborar a primeira versão do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos<sup>126</sup>.

Após a incorporação de sugestões advindas do Instituto Brasileiro de Direito Processual; do grupo de pós-graduandos da Universidade Estadual do Rio de Janeiro e da Universidade Estácio de Sá coordenados pelo professor Aluísio Gonçalves de Castro Mendes; juízes das Varas

---

<sup>123</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Exposição de Motivos do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América*, p. 04. Disponível em: [http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo\\_exposicaodemotivos\\_2\\_28\\_2\\_2005.pdf](http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo_exposicaodemotivos_2_28_2_2005.pdf). Acesso em: 23 dez 2010.

<sup>124</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Rumo a um Código Brasileiro de Processos Coletivos*. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2005, p. 14.

<sup>125</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. *O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis*. In: GRINOVER et al (Coord.), *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos...*, p. 17.

<sup>126</sup> MENDES, *O Anteprojeto de Código...*, p. 17.

especializadas já existentes no país; membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e de diversos Estados; essa primeira versão do anteprojeto foi apresentada ao Ministério da Justiça em dezembro de 2005<sup>127</sup>.

Submetido à consulta pública, outras sugestões de aperfeiçoamento foram apresentadas pela Casa Civil; Secretaria de Assuntos Legislativos; Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; Fundo dos Interesses Difusos; e Ministérios Públicos de Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul e São Paulo, que após novos debates pelos professores e pós-graduandos da disciplina “Processos Coletivos” da Faculdade de Direito da USP, diversas dessas sugestões também foram incorporadas ao anteprojeto inicial, que foi reapresentado ao Ministério da Justiça como versão final em dezembro de 2006<sup>128</sup>.

Na exposição de motivos do Código Brasileiro de Processos Coletivos, Ada Pellegrini Grinover afirma 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 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.[...] 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

---

<sup>127</sup> GRINOVER, *Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código...* In: GRINOVER et al (Coord.), *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto...*, p. 449.

<sup>128</sup> *Ibid.*, p. 450.

acesso à justiça, da universalidade de jurisdição e da economia processual, bem como inaceitável privilégio da Fazenda Pública<sup>129</sup>.

Infere-se, pois, que o principal objetivo do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos era regular do modo mais amplo possível a defesa em juízo de todos os interesses e direitos que possam ser qualificados como transindividuais, eliminando do ordenamento jurídico pátrio todos os obstáculos que ainda persistem, principalmente, aqueles de caráter eminentemente político e que representam, nos dias de hoje, um retrocesso jurídico em termos de tutela coletiva<sup>130</sup>.

Nesse sentido, dentre as propostas de modificação do sistema atual, destacava-se o artigo 4º do Anteprojeto que, ao tratar do objeto da tutela coletiva, não reproduzia a vedação constante do parágrafo único do artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública. Ou seja, caso o Código Brasileiro de Processo Coletivo viesse a entrar em vigor na íntegra do seu anteprojeto, não mais haveria óbice legal à veiculação, por meio da ação coletiva, de pretensões que envolvam tributos cujos beneficiários sejam individualmente determinados.

Márcio Flávio Mafra Leal, ao comentar sobre os aspectos políticos, econômicos e jurídicos do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, sublinha que

em relação à abrangência do direito material, contudo, o Anteprojeto promoveu uma grande mudança. Não há limitação relativa ao objeto da ação coletiva, conforme o art. 18, revogando, por exemplo, o infeliz parágrafo único do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública. Diante desses critérios, será inevitável que, por exemplo, a jurisprudência consolidada no STJ, de que não cabem ações coletivas quando se discutem tributos, por

<sup>129</sup> GRINOVER, *Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código...* In: GRINOVER et al (Coord.), *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto...*, p. 450.

<sup>130</sup> “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 circunstância de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, 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.” GRINOVER, *Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código...* In: GRINOVER et al (Coord.), *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto...*, p. 453/454.

se tratarem de “direitos individuais e disponíveis” ou “por não se equiparar consumidor à contribuinte”, deve ser modificada. Além disso, inúmeras questões de grande alcance social poderão ter uma solução conjunta, tornando a justiça mais ágil, efetiva e coerente. No caso específico da referida jurisprudência do STJ e do art. 1.º, parágrafo único, da Lei 7.347/85, o Anteprojeto não distingue – como de resto a legislação original também não distinguia – a nota de “disponibilidade” do interesse. O Anteprojeto torna mais claro: basta haver “interesse social”, um conceito que impõe ao Judiciário uma sensibilidade política sobre os alcances de sua decisão. O temor de grave dano à Fazenda Pública, na hipótese de uma ação coletiva ter seu pedido julgado procedente, na discussão de tributos, é falacioso. [...] O Executivo parte da idéia de que cumprir o julgado de imediato pode desequilibrar o Erário e, portanto, é melhor inundar o Judiciário com questões repetidas e sem chance de êxito para, como um devedor esperto, alongar a sua dívida<sup>131</sup>.

Além disso, o parágrafo único do artigo 4º do Anteprojeto, previa que a análise da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo poderia ser objeto de questão prejudicial pela via do controle difuso na ação coletiva. Esse dispositivo visava encerrar por definitivo outro dissídio que até há pouco tempo causava entraves na solução dos litígios coletivos.

E isso porque, havia quem sustentasse que a decisão que declara incidentalmente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público em sede de ação civil pública acaba, por via oblíqua, produzindo efeitos *erga omnes*, tendo em vista o fato de que a coletividade de pessoas é o sujeito de direito da demanda<sup>132</sup>.

Segundo essa linha de raciocínio, estar-se-ia legitimando a utilização de ação coletiva como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade, cuja competência originária para o julgamento é do Supremo Tribunal Federal<sup>133</sup>.

Já a corrente doutrinária oposta entendia que a declaração incidental de inconstitucionalidade em sede de ação coletiva não usurpa a competência do Supremo Tribunal Federal, porque essa decisão não tem o condão de extirpar a lei ou o ato normativo do Poder

---

<sup>131</sup> LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: aspectos políticos, econômicos e jurídicos*. In: GRINOVER *et al* (Coord.), *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto...*, p. 75.

<sup>132</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 1998, p. 379.

<sup>133</sup> *Ibid.*

Público do ordenamento jurídico, mas apenas o de declarar inconstitucional a sua aplicação naquele caso concreto, mesmo que a decisão sobre o mérito da causa atinja uma coletividade de pessoas<sup>134</sup>.

Além disso, outro argumento utilizado por essa segunda corrente é o de que o pedido principal na ação coletiva busca um provimento judicial que tutele, de modo concreto, os direitos transindividuais que foram ou estão sendo violados, sendo que a Corte Suprema não tem competência originária para apreciar e julgar, em sede de ação direta de inconstitucionalidade, esses pedidos de caráter condenatório, mandamental, ressarcitório que envolvem a tutela coletiva em casos concretos.

Muito embora a decisão final em uma ação coletiva produza efeitos *erga omnes*, a decisão que declara *incidenter tantum* a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público não faz coisa julgada, porque, nos moldes do artigo 469, inciso I do Código de Processo Civil, ela não integra a parte dispositiva da decisão, mas sim a fundamentação, o que viabiliza a rediscussão da matéria pela via concentrada em ação direta de inconstitucionalidade.

Convergindo com esse último posicionamento, o Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento no sentido de que a discussão incidental sobre a inconstitucionalidade de quaisquer leis ou atos do Poder Público pela via difusa, em sede de ação civil pública, é legítima, desde que, essa controvérsia constitucional não seja o objeto da demanda, ma sim apenas uma questão prejudicial indispensável à resolução do litígio principal. Assim, o que o parágrafo único do artigo 4º do anteprojeto pretende é justamente consolidar em texto de lei esse entendimento já pacificado<sup>135</sup>.

---

<sup>134</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. 239/240.

<sup>135</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário. Ação Civil Pública. Controle de Constitucionalidade. Recurso Extraordinário nº. 424.993. Disponível em:

E para tanto, o dispositivo em alusão era imperativo ao prever que o autor da ação coletiva deveria formular pedido expresso requerendo a declaração *incidenter tantum* da inconstitucionalidade da lei ou do ato do Poder Público, de modo que o magistrado pudesse analisar esse pedido como uma questão prejudicial e apreciar no mérito da demanda os demais pedidos atinentes a tutela coletiva em si.

Inferre-se, pois, que, por meio do parágrafo único do seu artigo 4º, o anteprojeto buscava extirpar de vez outro entrave jurídico que, até então, dificultava a tramitação das ações de caráter coletivo, permitindo a utilização de todos os fundamentos de direitos que fossem necessários para tutelar os interesses e direitos transindividuais.

Outro destaque do Anteprojeto era a adoção da nomenclatura *ação coletiva* em detrimento da tradicional expressão *ação civil pública*. A mudança para uma expressão mais genérica e abrangente se deu não só em razão das críticas doutrinárias, mas também, justamente, com o objetivo de obstar que decisões judiciais neguem legitimidade a certas entidades privadas em razão do vocábulo *pública* que integra nomenclatura anteriormente dada à ação<sup>136</sup>.

Em que pese o fato de a Lei 7.347/85 e a Constituição Federal de 1988 fazerem alusão direta à expressão *ação civil pública*, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, quando entrou em vigor, passou a usar a denominação *ação coletiva* para se referir às ações previstas em seu Capítulo II do Título III.

E isso ocorreu porque a expressão *ação coletiva* denomina melhor a natureza do bem jurídico a ser tutelado e torna coerente o uso dessa via processual pelas pessoas físicas e jurídicas de caráter privado, mostrando-se mais apropriada ao procedimento que a regula. Assim, o

---

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28424993%2E%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 25 nov 2010.

<sup>136</sup> GRINOVER, *Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código...* In: GRINOVER et al (Coord.), *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto...*, p. 450.

Anteprojeto de Código de Processo Coletivo não deixava transcorrer a oportunidade de também adequar essa nomenclatura.

O artigo 2º do Anteprojeto expunha os princípios da tutela jurisdicional coletiva que são: o acesso à Justiça e à ordem jurídica justa; a universalidade de jurisdição; a participação pelo processo e no processo; a tutela coletiva adequada; a boa-fé e cooperação das partes e de seus procuradores; a cooperação dos órgãos públicos na produção da prova; a economia processual; a instrumentalidade das formas; o ativismo judicial; a flexibilização da técnica processual; a dinâmica do ônus da prova; a representatividade adequada; a intervenção do Ministério Público nos casos de relevante interesse social; a não taxatividade da ação coletiva; a ampla divulgação da demanda e dos atos processuais; a indisponibilidade temperada da ação coletiva; a continuidade da ação coletiva; a obrigatoriedade do cumprimento e da execução da sentença; a extensão subjetiva da coisa julgada, a coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationem*; a reparação dos danos materiais e morais; a aplicação residual do Código de Processo Civil; assim como a proporcionalidade e a razoabilidade<sup>137</sup>.

Note-se que, distintamente da Lei da Ação Civil Pública, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos inspirou-se bastante nos institutos e nos princípios norteadores da *class action* norte-americana contemporânea, após as reformas ocorridas a partir de 1966.

Muito embora as espécies de ação coletiva do anteprojeto ainda estivessem qualificadas com base no bem jurídico a ser tutelado – difuso, coletivo estrito senso e individual homogêneo -, os princípios e os institutos tais como: a tutela coletiva adequada; a boa-fé e a cooperação das partes e de seus procuradores; o ativismo judicial; a representatividade adequada; a ampla divulgação da demanda e dos atos processuais; a extensão subjetiva da coisa julgada; a concessão

---

<sup>137</sup> Texto do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER et al (Coord.), *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto...*, p. 453.

de legitimidade ativa a pessoas físicas; a ação coletiva passiva originária e a prioridade da demanda coletiva sobre a individual; todos foram inspirados nas ações de classe estadunidense reestruturadas após 1966, conforme visto anteriormente.

Dentre todos esses acima mencionados, merece destaque no presente trabalho o instituto da “prioridade do processamento da demanda coletiva sobre as demandas individuais” que se encontra expressamente previsto no artigo 10 do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos<sup>138</sup>.

O que o anteprojeto buscava com esse preceito era obter tratamento unitário e isonômico em termos de prestação jurisdicional entre todos aqueles que, da mesma forma, foram lesados, visando evitar a injustiça que as prováveis decisões judiciais contraditórias a serem proferidas nos numerosos processos individuais possam gerar.

Assim, para dar efetividade a esse instituto, o anteprojeto tratava especificamente em seu artigo 7º da relação entre a demanda coletiva e as ações individuais. O *caput* desse artigo não trazia novidade, pois se limitava a reproduzir a norma contida no artigo 104 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, na qual prevê que a demanda coletiva não induz litispendência às ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada coletiva não beneficiarão os autores das demandas individuais que não requererem a suspensão do processo no prazo de trinta dias a contar da ciência efetiva da demanda coletiva nos autos da ação individual.<sup>139</sup>

---

<sup>138</sup> “Artigo 10. Prioridade de Processamento e utilização de meios eletrônicos – O juiz devere 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.” Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER *et al* (Coord.), *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto...*, p. 455.

<sup>139</sup> “Artigo 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. 12 deste Código) não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30 dias, a contar da ciência efetiva da demanda coletiva nos autos da ação individual.” *Ibid.*, p. 454.

A inovação sobre essa matéria estava contida nos §§ 3º e 4º do artigo 7º que previam a possibilidade do magistrado, depois de instaurado o contraditório, determinar, *ex officio* ou a requerimento de qualquer das partes, a suspensão dos processos individuais em que estivesse sendo postulada a tutela de interesses ou direitos cuja relação jurídica substancial possua caráter incindível – por natureza ou por força de lei - e que, por essa razão, devam ser decididas de modo global e uniforme<sup>140</sup>.

Ressalte-se que, o §3º do artigo 7º do anteprojeto impunha como condição para o sobrestamento dos processos particulares, o prévio ajuizamento de demanda coletiva. Em complementação, o §4º previa que, uma vez ocorrido o sobrestamento, essa suspensão perduraria até o trânsito em julgado da sentença coletiva, vedando ao autor a retomada do curso do processo individual antes desse momento.

Kazuo Watanabe ao tratar sobre o tema da prioridade da demanda coletiva sobre a individual elucida a questão citando como exemplo o caso paradigmático das tarifas de assinatura telefônica, em que, num só Juizado Especial Cível da Capital de São Paulo, foram distribuídas mais de 30.000 demandas individuais com esse mesmo objeto em face das empresas de telefonia do país, sendo que em todo esse estado da federação há mais de 130.000 ações dessa mesma natureza<sup>141</sup>.

---

<sup>140</sup> “§3.º 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 postula a tutela de interesses ou direitos referidos à relação jurídica substancial de caráter incindível, pela sua própria natureza ou por força de lei, a cujo respeito às questões devam ser decididas de modo uniforme e globalmente, quando houver sido ajuizada demanda coletiva versando sobre o mesmo bem jurídico. §4.º 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” Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER *et al* (Coord.), *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto...*, p. 454.

<sup>141</sup> WATANABE, Kazuo. *Relação entre demanda coletiva e demandas individuais* In: GRINOVER *et al* (Coord.), *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto...*, p. 159.

Sustenta o referido autor que

pela natureza unitária e incindível e pelas peculiaridades já mencionadas do contrato de concessão (telefonia), qualquer modificação na estrutura de tarifas, inclusive por decisão do Judiciário, somente poderá ser feita de modo global e uniforme para todos os usuários. Jamais de forma individual e diversificada, com a exclusão de uma tarifa em relação apenas a alguns usuários e sua manutenção em relação aos demais.(...) Resulta de todas essas considerações que qualquer demanda judicial, seja coletiva ou individual, que tenha por objeto a impugnação da estrutura tarifária fixada pelo Estado no exercício do seu poder regulatório, somente poderá veicular pretensão global, que beneficie todos os usuários, de modo uniforme e isonômico, uma vez que a estrutura tarifária, como visto, deve ter natureza unitária para todas as partes que figuram no contrato de concessão e nos contratos de prestação de serviços de telefonia. Uma ação coletiva seria mais apropriada para essa finalidade<sup>142</sup>.

Assim, Kazuo Watanabe chega a concluir de maneira severa que a solução mais apropriada ao caso seria a proibição da propositura de demandas individuais que se referiram a uma relação jurídica global incindível. Pondera, contudo, que a suspensão dos processos individuais nos moldes em que previa artigo 7º *caput*, §§ 3º e 4º do Anteprojeto, poderia, em termos práticos, produzir efeitos bem próximos ao da proibição, se efetivamente for aplicada pelo juiz da causa<sup>143</sup>.

Ressalta, ainda, que esse dispositivo legal seria importante para o sistema brasileiro de tutela coletiva, porque procurava disciplinar uma situação que, na atualidade, em virtude da inexistência de regra explícita, provoca enormes embaraços ao Poder Judiciário, com constantes repetições de demandas coletivas e também “pseudodemandas individuais”, cuja admissão, em vez de representar uma garantia de “acesso à Justiça”, está constituindo uma verdadeira injustiça devido à contradição dos julgados em processos individuais<sup>144</sup>.

---

<sup>142</sup> WATANABE, *Relação entre demanda coletiva... In: GRINOVER et al (Coord.), Direito Processual Coletivo e o anteprojeto...*, p. 160.

<sup>143</sup> *Ibid.*

<sup>144</sup> *Ibid.*

Somando-se a isso, o artigo 8º do Anteprojeto tratava da comunicação sobre processos repetitivos, dispondo que se o juiz tiver conhecimento da existência de diversos processos individuais correndo contra o mesmo demandado e com identidade de fundamento jurídico, notificará o Ministério Público e, na medida do possível, os demais legitimados, a fim de que proponham, se assim desejarem, a demanda coletiva.

E para enaltecer o princípio da prioridade da demanda coletiva sobre a ação individual, o legislador havia adaptado a previsão do artigo 28 do Código de Processo Penal no parágrafo único do seu artigo 8º no qual previa que, uma vez notificado, se o Ministério Público não promovesse a demanda coletiva no prazo de noventa dias, o juiz, caso considere relevante a tutela coletiva, faria a remessa das peças dos processos individuais ao Conselho Superior do Ministério Público que poderia designar outro órgão da instituição para ajuizá-la ou informar, motivadamente, ao juiz que entende não haver interesse na propositura.

Observe-se, contudo, que o legislador teve a cautela necessária de contrabalancear a aplicação do princípio da prioridade da demanda coletiva sobre as individuais, com outros institutos processuais que visam a evitar prejuízos ao exercício dos direitos individuais.

Para tanto, os juristas inseriram dispositivos no anteprojeto que regulariam, de maneira bastante minuciosa, a questão da legitimidade extraordinária na propositura de ação coletiva de responsabilidade civil; da fixação do valor da indenização devida a cada membro da coletividade na sentença condenatória sempre que possível, bem como da possibilidade de liquidação e execução individual; da fixação da competência do juízo onde a vítima mora ou o de seu sucessor para a liquidação e execução individual, podendo optar pelo juízo do local em que se encontrem bens sujeitos à expropriação<sup>145</sup>.

---

<sup>145</sup> Artigos 29, 32, 33 e 34, respectivamente, do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos *In: GRINOVER et al (Coord.), Direito Processual Coletivo e o anteprojeto...*, p. 460/461.

Além disso, a Seção II do Capítulo II tratava, especificamente, da ação coletiva para a defesa de interesses e direitos individuais homogêneos e, no que tange à ação de responsabilidade civil reparatória dos danos pessoalmente sofridos, o anteprojeto inovava no regime das notificações dos interessados, pois essas seriam necessárias não só no momento da propositura da demanda, como é hoje, mas também quando houvesse decisões que lhes favorecessem, visto que a falta de informação quanto à existência de liminares e de sentença de procedência em ações coletivas atualmente tem impedido os beneficiados de executarem os seus direitos<sup>146</sup>.

Com a previsão desses mecanismos, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo garantiria aos indivíduos que o sobrestamento da ação individual para dar primazia ao processamento coletivo apenas lhes traria benefícios, facilitando o recebimento do bem da vida que lhes é de direito.

Outros institutos inspirados na versão moderna das *class action* norte-americanas e que merecem destaque neste trabalho eram: a concessão de legitimidade ativa a qualquer pessoa física para propor ação coletiva com a finalidade de tutelar direitos difusos; a legitimidade de qualquer membro de grupo, categoria ou classe para a defesa dos direitos coletivos e individuais homogêneos<sup>147</sup>; e a ação coletiva passiva originária, denominada no direito norte-americano de *defendant class action*<sup>148</sup>.

---

<sup>146</sup> GRINOVER, *Exposição de Motivos do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. In: GRINOVER *et al* (Coord.), *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto...*, p. 451.

<sup>147</sup> Art. 20. (...) 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;” Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos In: GRINOVER *et al* (Coord.), *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto...*, p. 456.

<sup>148</sup> “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, c), se trata de tutela de interesses ou direitos difusos e coletivos (art. 4º, incisos I e II) e a tutela se revista de interesse social.”. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos In: GRINOVER *et al* (Coord.), *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto...*, p. 461/462.

Todos esses institutos eram inovações que o anteprojeto pretendia instituir no sistema de tutela coletivo brasileiro, como meio de ampliar o acesso à Justiça e garantir de maneira mais eficiente a defesa dos interesses e direitos transindividuais.

E isso se percebe com facilidade, porque, ao permitir que uma pessoa física represente interesses e direitos transindividuais em juízo, o legislador teve o cuidado de estabelecer requisitos para que essa legitimidade seja efetivamente reconhecida pelo juízo que realizará a admissibilidade da ação.

Constava no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos a reprodução da exigência constante na *Rule 23(a)(4)* da *Federal Rules of Civil Procedure* norte-americana no sentido de que o reconhecimento da legitimidade ativa ou passiva está condicionada à certificação pelo magistrado em cada caso da existência de representatividade adequada nos representantes da coletividade em juízo<sup>149</sup>.

Conforme analisado em capítulo anterior, na *Rule 23(a)(4)* a representatividade adequada é um pressuposto que obriga os representantes da classe em litígio a empregarem todos os esforços para lograrem a justa e adequada proteção dos interesses da coletividade, sendo que, para tanto, exige-se que o magistrado afira no caso concreto a seriedade, a credibilidade, a capacidade técnica e até econômica, não só do pretense representante da classe na *class action*, mas também, de seu advogado.

Nessa mesma linha de raciocínio, o Anteprojeto de Código de Processo Coletivo prevê em seu artigo 20, inciso I, respectivamente nas alíneas *a*, *b*, *c*, que o juiz, para reconhecer a existência de representatividade adequada nos caso em que a lei assim exige, deverá demonstrar a

---

<sup>149</sup> “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, [...]”. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos *In: GRINOVER et al (Coord.), Direito Processual Coletivo e o anteprojeto...*, p. 456.

credibilidade, a capacidade e a experiência dos pretensos legitimados<sup>150</sup>; o histórico deles em termos de proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos<sup>151</sup>; bem como a conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado<sup>152</sup>.

Além disso, o §2º do mesmo artigo 20 prevê que o juiz poderá analisar novamente a qualquer tempo e grau de jurisdição a existência de representatividade adequada, sendo que, se no ato da propositura ou no decorrer do processo ele constatar a ausência dos requisitos previstos nas alíneas *a*, *b*, *c* do inciso I do artigo 20, o §3º, ele poderá notificar o Ministério Público e os outros legitimados, na medida do possível, para que algum deles assumam, se assim desejarem, a titularidade da ação.

A representatividade adequada exigida pelo anteprojeto, nos mesmos moldes da *class action* norte-americana, se justifica, porque, ao buscarem a tutela de direitos transindividuais, o representante da coletividade defenderá, em juízo, uma coletividade de pessoas que não serão partes diretas no processo e, portanto, não poderão apresentar cada um pessoalmente a sua defesa técnica. Assim, esse representante deve ser uma pessoa idônea, com experiência e capacidade técnica de empregar os melhores esforços para demandar em juízo a tutela desses direitos.

A mesma lógica se aplica quanto à ação coletiva passiva, porque, o representante da coletividade ré também deverá ser uma pessoa idônea e com conhecimentos suficientes sobre o objeto em litígio de modo a conseguir empregar os melhores meios e se valer dos melhores fundamentos jurídicos para defender e proteger a coletividade ré.

Especificamente no que tange à ação coletiva passiva, Ada Pellegrini Grinover explica na Exposição de Motivos do Anteprojeto Brasileiro de Código de Processos Coletivos que

---

<sup>150</sup> Alínea “a” do inciso I do artigo 20 do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos *In: GRINOVER et al (Coord.), Direito Processual Coletivo e o anteprojeto...*, p. 456.

<sup>151</sup> Alínea “b” do inciso I do artigo 20 do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos *In: GRINOVER et al (Coord.), Direito Processual Coletivo e o anteprojeto...*, p. 456.

<sup>152</sup> Alínea “c” do inciso I do artigo 20 do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos *In: GRINOVER et al (Coord.), Direito Processual Coletivo e o anteprojeto...*, p. 456.

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<sup>153</sup>.”

Cabe ressaltar que, para os outros legitimados ativos previstos no artigo 20, o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos não exige que o juiz verifique existência de representatividade adequada. Isso deve ao fato de que os demais legitimados são órgãos públicos e suas funções, categorias ou fins institucionais fazem o legislador e o aplicador do Direito presumir que tal requisito lhes é inerente, dispensando o juiz de fazer aquela avaliação prévia exigida para os legitimados pessoa física e membro do grupo, categoria ou classe.

No entanto, em contrapartida, o §1º do artigo 20 dispõe veementemente que todos os legitimados, sem exceção, estão obrigados a demonstrar a existência de interesse social na ação, sendo que, quando se tratar especificamente de direitos coletivos estrito senso e individuais homogêneos, também deve ser demonstrada a coincidência entre os interesses da coletividade a serem tutelados em juízo e o objeto efetivamente deduzido na demanda<sup>154</sup>. Aqui se percebe outra

<sup>153</sup> GRINOVER, *Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. In: GRINOVER *et al* (Coord.), *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto...*, p. 452.

<sup>154</sup> “Art. 20. (...) §1.º 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.” Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo In: GRINOVER *et al* (Coord.), *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto...*, p. 456.

semelhança da ação coletiva a ser regulada pelo anteprojeto brasileiro com a *Rule 23(a)(2)* em que trata do pressuposto processual da *commonality* na *class action* norte-americana.

O anteprojeto, se fosse aprovado na íntegra, revogaria expressamente a Lei da Ação Civil Pública, os artigos 81 a 104 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, §3º do art. 5º da Lei da Ação Popular, bem como diversos dispositivos de leis esparsas que se referem à ação civil pública, já que ele trataria por completo do processo coletivo no ordenamento jurídico brasileiro.

Ada Pellegrini Grinover encerrou a Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código de Processos Coletivos ressaltando que

cumprir 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.<sup>155</sup>”.

Contudo, o anteprojeto de código brasileiro processos coletivos sofreu alterações e foi convertido no Projeto de Lei 5.139/2009 que visava instituir a Nova Lei da Ação Civil Pública<sup>156</sup>. Lamentavelmente, esse projeto de lei previa em seu §1º do artigo 1º a vedação contida no parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347/85<sup>157</sup>, o que representaria a continuidade desse retrocesso no microsistema de tutela coletiva brasileiro.

---

<sup>155</sup> GRINOVER, *Exposição de Motivos do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. In: GRINOVER et al (Coord.), *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto...*, p. 452.

<sup>156</sup> Extraído de <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/651669.pdf>. Acesso em 24 abr 2012.

<sup>157</sup> “Art. 1º. (...) § 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 - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.”. *Ibid.*

No entanto, em 23 de março de 2010, tanto o texto original desse projeto de reforma da Lei de Ação Civil Pública, quanto o texto substitutivo foi arquivado pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados<sup>158</sup>.

Ressalte-se que o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil não traz qualquer regramento sobre processo coletivo<sup>159</sup>. Resta saber se o Anteprojeto que visa reformar o Código de Proteção e Defesa do Consumidor irá trazer alguma perspectiva positiva de mudança sobre essa questão da ação coletiva em matéria tributária, modernizando e aprimorando o Direito Processual Coletivo brasileiro, tornando a tutela coletiva um meio de proteção mais efetivo no ordenamento jurídico pátrio.

1.3.1.1. O Ministério Público nas novas perspectivas do microssistema brasileiro de tutela coletiva..

O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos destacava o Ministério Público como o principal legitimado ativo nas ações coletivas de maneira ainda mais evidente do que a Lei da Ação Civil Pública.

Verificava-se no texto do anteprojeto que, quando o Ministério Público não era o único legitimado ativo citado pelos dispositivos para a realização de determinados procedimentos ou intervenções processuais, o seu nome sempre aparecia com destaque nas expressões “o Ministério Público e os demais legitimados ativos” ou “o Ministério Público e os demais órgãos públicos legitimados”.

---

<sup>158</sup> Extraído de <http://www.conjur.com.br/2010-mar-23/ministerio-justica-contesta-rejeicao-pl-acao-civil-publica>. Acesso em 24 abr 2012.

<sup>159</sup> Extraído de <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf> Acesso em 24 abr 2012.

Isso só reforça a idéia de que, hoje, o *Parquet* exerce importante liderança na atuação da defesa dos interesses e direitos transindividuais no Brasil, o que é evidenciado na prática não só em razão dos numerosos termos de ajustamento de conduta que constantemente são realizados, como também no fato de ser o legitimado que mais propõe ações coletivas no país.

Diante dessa conjuntura, o anteprojeto não hesitava em ampliar legitimidade ativa ao Ministério Público, não só para propor ação coletiva em defesa dos direitos difusos e coletivos estrito senso, conforme prevê a Constituição Federal de 1988, mas também para tutelar os direitos individuais homogêneos<sup>160</sup>.

Além disso, os juristas elaboradores do anteprojeto entenderam que deveria ser conferida autonomia ao *Parquet* para, ao seu critério, avaliar e concluir em quais casos há relevante interesse social a justificar o ajuizamento ou não de ação coletiva<sup>161</sup> e consignaram no texto do anteprojeto que, se ele não interviesse no processo coletivo como parte, atuaria obrigatoriamente como fiscal da lei<sup>162</sup>.

Além da ação coletiva, o anteprojeto estendia legitimidade ao Ministério Público para propor mandado de segurança coletivo<sup>163</sup> com o objetivo de proteger direito líquido e certo relativo a interesses ou direitos difusos, coletivos estrito senso ou individuais homogêneos não amparados por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de

---

<sup>160</sup> “Art. 20. Legitimação – São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa: [...] III – O Ministério Público, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, bem como dos individuais homogêneos de interesse social;” Extraído do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos *In: GRINOVER et al (Coord.), Direito Processual Coletivo e o anteprojeto...*, p. 456.

<sup>161</sup> “Art. 20. [...] §7.º 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.” Extraído do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos *In: GRINOVER et al (Coord.), Direito Processual Coletivo e o anteprojeto...*, p. 457.

<sup>162</sup> Conforme já prevê o §1º do artigo 5º da Lei da Ação Civil Pública.

<sup>163</sup> Ressalte-se que o anteprojeto foi elaborado em momento anterior a vigência da nova lei do mandado de segurança – Lei 12.016/2009. Assim, quando o artigo 43 do anteprojeto faz menção à aplicação subsidiária da Lei 1.533/51 no que não for incompatível, deve-se adaptar a nova realidade das normas processuais do mandado de segurança com base na Lei 12.016/2009.

poder fosse autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público<sup>164</sup>.

Nesse ponto, novamente, o anteprojeto ressaltava que, se o Ministério Público não for o autor do mandado de segurança coletivo, atuaria como fiscal da lei nos casos de interesse público ou relevante interesse social, reafirmando, assim, a importância da função de *custus legis* que o *Parquet* exerce na sociedade<sup>165</sup>.

No que tange à legitimação ativa concorrente entre o Ministério Público de todas as esferas, Ada Pellegrini Grinover sustenta a importância de uma maior flexibilização nesse aspecto e informou que o anteprojeto pretendia, não só manter a possibilidade de formação do litisconsórcio ativo entre eles, conforme já permite a atual legislação, mas também permitir a atuação do *Parquet* fora dos limites funcionais e territoriais de suas atribuições.

Essa flexibilização da legitimidade ativa concorrente entre os Ministérios Públicos seria aplicada pelo anteprojeto tanto em relação ao inquérito civil, quanto em relação à propositura das demandas coletivas, como já prevê a Lei Orgânica da instituição<sup>166</sup>.

Tal previsão estava contida no §5º do artigo 20 e §1º do artigo 23 do anteprojeto os quais dispunham que os membros do *Parquet* poderiam instaurar inquérito civil e ajuizar a ação coletiva perante o Poder Judiciário federal ou estadual, independentemente da esfera a que tenham atribuição, não importando se a atuação se daria por intermédio do Ministério Público da

---

<sup>164</sup> “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. 4.º deste Código)”. Extraído do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos *In: GRINOVER et al (Coord.), Direito Processual Coletivo e o anteprojeto...*, p. 462.

<sup>165</sup> “Art. 42 - O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: I – Ministério Público; [...] 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.” Extraído do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos *In: GRINOVER et al (Coord.), Direito Processual Coletivo e o anteprojeto...*, p. 462.

<sup>166</sup> GRINOVER, *Exposição de Motivos do Anteprojeto ... In: GRINOVER et al (Coord.), Direito Processual Coletivo e o anteprojeto...*, p. 451.

União, do Distrito Federal ou dos Estados, porque todos teriam atribuição para funcionar em quaisquer juízos<sup>167</sup>.

No que concerne ao inquérito civil, peça investigativa exclusiva do Ministério Público, esse recebeu regulação exclusiva no artigo 23 do anteprojeto, que passaria a disciplinar o seu procedimento de forma ainda mais detalhada do que é atualmente.

A grande inovação quanto a esse instituto encontrava-se no §3º do referido artigo que, de modo mais severo que a Lei da Ação Civil Pública, previa o seguinte: *a eficácia probante das peças informativas do inquérito civil dependerá da observância do contraditório, ainda que diferido para momento posterior ao da sua produção*<sup>168</sup>.

Ada Pellegrini Grinover, ao comentar sobre esse dispositivo, sustentou que a Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LV, garante o contraditório e a ampla defesa no processo administrativo em que haja “litigantes” e, no seu entender, a observância desses direitos constitucionais de defesa no inquérito civil teria como consequência o aumento das possibilidades de realização da lavratura do termo de ajustamento de conduta ou da própria concessão de antecipação de tutela na ação que viesse a ser proposta, uma vez que as provas colhidas no inquérito civil estariam revestidas do requisito necessário da “prova incontroversa”<sup>169</sup>.

---

<sup>167</sup> “Art. 20. [...] §5.º 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 Capital do Estado (art. 22, inciso IV), independentemente de seu âmbito territorial de atuação.” Extraído do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos *In: GRINOVER et al (Coord.), Direito Processual Coletivo e o anteprojeto...*, p. 457.

<sup>168</sup> “Art. 23. [...] §3.º A eficácia probante das peças informativas do inquérito civil dependerá da observância do contraditório, ainda que diferido para momento posterior ao da sua produção;” Extraído do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, *In: GRINOVER et al (Coord.), Direito Processual Coletivo e o anteprojeto...*, p. 458.

<sup>169</sup> GRINOVER, *Exposição de Motivos do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER et al (Coord.), Direito Processual Coletivo e o anteprojeto...*, p. 451.

Assim, nesse ponto, o escopo do anteprojeto consistia em, uma vez observado o contraditório no inquérito civil, descaracterizá-lo como uma mera peça informativa de cunho inquisitivo para torná-lo um instrumento pré-processual com denso valor probante presidido pelo Ministério Público, que facilitaria, principalmente, a instrução do processo no juízo competente para a ação coletiva.

Quanto ao arquivamento do inquérito civil, o §5º do artigo 23 do anteprojeto inovava ao prever que *todos* os demais legitimados poderiam recorrer perante o Conselho Superior do Ministério Público contra a decisão que homologasse o seu arquivamento, conforme dispuser o regimento interno daquele órgão<sup>170</sup>.

Nesse ponto, o anteprojeto se distinguia do artigo 9º, §2º da Lei da Ação Civil Pública na medida em que esse somente concede às associações civis legitimidade para apresentar razões escritas ou documentos perante o Conselho Superior do Ministério Público com o objetivo de tentar obstar o pedido de arquivamento, quando da sua apreciação.

Ou seja, o inquérito civil no anteprojeto era tratado como um instrumento tão importante quanto à própria ação coletiva e, por essa razão, o legislador entendeu por bem que devia ser concedida a todos os demais legitimados ativos a possibilidade de recorrerem ao Conselho Superior do Ministério Público para tentar impedir o seu arquivamento quando considerarem desarrazoado.

Outra inovação do anteprojeto que ressaltava o papel principal do Ministério Público nas ações coletivas encontrava-se nos §§3º e 7º do artigo 20. Nesses dispositivos o anteprojeto previa solução para as hipóteses em que o magistrado, ao analisar as condições da ação coletiva,

---

<sup>170</sup> “Art. 23. [...] §5.º Os demais legitimados (art. 20 deste Código) poderão recorrer da decisão de arquivamento ao Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu regimento.” Extraído do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos *In: GRINOVER et al (Coord.), Direito Processual Coletivo e o anteprojeto...*, p. 458.

verificasse a inexistência da representatividade adequada dos pretensos legitimados nos casos em que é exigida pela lei, ou ainda, quando o juiz constatar vício de legitimação; desistência infundada; ou abandono da ação<sup>171</sup>.

Para esses casos os dispositivos em alusão previam que o juiz notificará o *Parquet* e, na medida do possível, os demais legitimados, a fim de que assumissem, se quiserem, a titularidade da ação. Observe-se que o texto do anteprojeto era claro no sentido de que a intimação do Ministério Público seria imperiosa, sendo que a notificação dos demais legitimados somente ocorreria se assim fosse possível ou cabível.

E isso se explica, porque, em razão de suas funções institucionais, os redatores do anteprojeto consideram o Ministério Público como o órgão público cuja representatividade adequada na ação coletiva ativa é ínsita e, portanto, estará sempre apto a substituir qualquer legitimado ativo que não preencher algum dos requisitos exigidos legalmente, possibilitando, assim, o aproveitamento da ação coletiva já proposta.

Tanto é assim que os referidos dispositivos continham uma norma que concedia mera faculdade aos demais legitimados ativos, mas, no que tange ao Ministério Público, trata-se, em princípio, de um dever assumir e prosseguir com a ação coletiva.

Em princípio porque, segundo o §9º do artigo 20 do anteprojeto, uma vez constatada a inércia do *Parquet* em assumir e prosseguir na ação coletiva já proposta, o juiz, se considerasse relevante a causa, remeteria os autos para o Conselho Superior do Ministério Público que poderá designar outro órgão com atribuição para dar prosseguimento à ação coletiva ou, então, informaria motivadamente ao juiz que também entende não haver relevante interesse social a

---

<sup>171</sup> “Art. 20. [...] §3.º 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. [...] §8.º Havendo vício de legitimação, desistência infundada ou abandono da ação, o juiz aplicará o disposto no §3º deste artigo.” Extraído do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos *In: GRINOVER et al (Coord.), Direito Processual Coletivo e o anteprojeto...*, p. 457.

justificar a assunção de titularidade da ação pela instituição. Nessa última hipótese, não restaria alternativa para o juiz senão extinguir o processo, caso nenhum dos outros legitimados espontaneamente decidissem assumi-lo.

No entanto, importa destacar que o anteprojeto, em seu artigo 38, parágrafo único, previa de modo expresso que o Ministério Público e os demais órgãos públicos legitimados previstos no artigo 20 não possuem representatividade adequada para figurarem como representantes de qualquer coletividade na *ação coletiva passiva*<sup>172</sup>.

E isso porque, a coletividade que figurasse no pólo passivo de uma ação coletiva estaria sendo acusada de violar interesses ou direitos de terceiros. O Ministério Público tem legitimidade apenas para representar a coletividade quando os interesses e direitos dessa tiverem sido ou estiverem sendo violados. Não é função institucional do *Parquet* atuar em qualquer dos pólos da demanda coletiva representando a coletividade, mas apenas naquelas ações em que busca a prestação jurisdicional com o objetivo de vindicar a tutela dos interesses ou direitos transindividuais que foram ou estão sendo violados.

Outra importante inovação que trazida o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo e que destacava a atuação do Ministério Público é o instituto dos “processos individuais repetitivos”, espelhado no instituto dos “recursos repetitivos” previsto no artigo 543-C do Código de Processo Civil.

O anteprojeto previa em seu artigo 8.º que o juiz, ao ter ciência da existência de diversos processos individuais tramitando em face do mesmo demandado e com identidade de fundamento

---

<sup>172</sup> “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, VI e VII deste Código) não poderão ser considerados representantes adequados da coletividade, ressalvadas as entidades sindicais.” Extraído do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos *In: GRINOVER et al (Coord.), Direito Processual Coletivo e o anteprojeto...*, p. 462.

jurídico, notificaria o Ministério Público e, na medida do possível, os outros legitimados, a fim de que propusessem, se assim desejassem, demanda coletiva, resguardando aos autores individuais a faculdade de se manifestarem negativamente quanto a sua participação nessa demanda coletiva, conforme artigo 7.º<sup>173</sup>.

Novamente o anteprojeto concedia uma faculdade aos demais co-legitimados previstos no artigo 20, mas, a princípio, colocava como um dever do Ministério Público de promover a demanda coletiva no prazo de noventa dias, pois, caso o *Parquet* permanecesse inerte, o parágrafo único do artigo 8º dispunha que o juiz faria remessa das peças dos processos individuais ao Conselho Superior do Ministério Público que, ou designaria<sup>174</sup> outro órgão do Ministério Público para ajuizar a demanda coletiva, ou informaria ao juiz, motivadamente, sobre a decisão colegiada no sentido do não ajuizamento da ação<sup>175</sup>.

Observe-se que, não só nas hipóteses acima ventiladas, mas em todos os casos em que o anteprojeto previa o atuar do Ministério Público, essa mesma sistemática fiscalizadora de remessa dos autos para o Conselho Superior do Ministério Público era imposta no caso de inércia por parte de um membro do *Parquet*, o que só ratificava a responsabilidade e importância desse órgão em relação à tutela coletiva no Brasil<sup>176</sup>.

---

<sup>173</sup> Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER *et al* (Coord.), *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto...*, p. 454.

<sup>174</sup> Cabe salientar que o parágrafo único do artigo 8º do anteprojeto não está de acordo com o sistema de controle previsto na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, uma vez que o artigo 10, inciso IX, alínea *d*, da Lei 8.625/93 prevê que compete ao Procurador Geral de Justiça, e não ao Conselho Superior do Ministério Público, designar membros do Ministério Público para oferecer denúncia ou propor ação civil pública nas hipóteses de não confirmação de arquivamento de inquérito policial ou civil, bem como de quaisquer peças de informações. De qualquer forma, por essa sistemática adotada pelo anteprojeto, direta ou indiretamente, o Procurador Geral de Justiça designará o membro do *Parquet*, porque o artigo 10, inciso II da mesma lei prevê que compete à ele integrar, como membro nato, e presidir o Conselho Superior do Ministério Público.

<sup>175</sup> Extraído do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos In: GRINOVER *et al* (Coord.), *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto...*, p. 455.

<sup>176</sup> “Art. 20 [...] §9.º Em caso de inércia do Ministério Público aplica-se o disposto no parágrafo único do art. 8.º deste Código.”. Extraído do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos In: GRINOVER *et al* (Coord.), *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto...*, p. 457.

Apesar desse Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos não existir mais, é possível observar que as novas perspectivas do Ministério Público são positivas, com vistas a aperfeiçoar a sua atuação. Espera-se que as reformas do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, na parte de processo coletivo, que está sendo coordenada pela eminente jurista Ada Pellegrini Grinover, reproduzam<sup>177</sup> tais normas do Anteprojeto ora comentado ou, pelo menos, se aproxime delas, reforçando a qualidade do Ministério Público de verdadeiro *ombudsman*, agente defensor e transformador da sociedade.

---

<sup>177</sup> “A função de *ombudsman* tem origem remota na Constituição sueca de 1809, que criou a figura do *justitieombudsman*, expressão traduzida para o vernáculo como “comissário de justiça”, com a atribuição de supervisionar a observância dos atos normativos pelos juízes e servidores públicos. [...] Na Assembléia Nacional Constituinte, verificando-se que o Ministério Público já estava estruturado em carreira e existia em todo território nacional, foi-lhe deferida tal função, que consiste no controle dos demais controles (parlamentar ou político, administrativo e judiciário), atinente aos três Poderes, sobretudo ao Poder Executivo (Administração Pública). Objetiva, em síntese, remediar lacunas e omissões, bem como assegurar que os Poderes respeitem as regras postas e não se imiscuem nos direitos e liberdades públicas dos cidadãos.” JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Curso de Princípios Institucionais do Ministério Público*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 34.

## **2. A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E OS INTERESSES E DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS NO DIREITO BRASILEIRO.**

### 2.1. Contexto social e político do surgimento da Lei da Ação Civil Pública.

A Lei da Ação Civil Pública surgiu num contexto de profundas transformações sociais no Brasil, principalmente, no que tange à evolução dos Direitos Humanos. Esses, logo após a entrada em vigor da referida lei, foram positivados no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Constituição Federal de 1988.

Nessa época, o momento político social do país era bastante favorável para o surgimento de uma lei como essa, uma vez que os ideais da sociedade brasileira estavam direcionando o governo rumo à instauração do regime democrático de direito, que se efetivou com a Carta Magna de 1988. A partir de então, o legislador passou a ter liberdade suficiente para criar normas que envolvessem questões de relevante interesse social<sup>178</sup>.

Desse modo, infere-se, pois, que não é possível dissociar o advento da Lei da Ação Civil Pública – marco evolutivo em termos legislativos da tutela coletiva no Brasil - da conjuntura social, dos fatos e dos valores que o ensejaram na época.

A revolução industrial com a produção em série de produtos e serviços; o surgimento das metrópoles e megalópoles em razão do incremento populacional ocasionado, mormente, pelo desenvolvimento da medicina e pela melhoria da qualidade de vida das pessoas; a cartelização do mercado; a diminuição brusca da intervenção do Estado na esfera social e econômica; e a difusão

---

<sup>178</sup> GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Das origens ao futuro da Lei de Ação Civil Pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade*. In: MILARÉ, Edis (Coord). *A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.17.

dos meios de comunicação à população em geral foram fatores que deram origem ao que hoje se denomina *relações de massa*<sup>179</sup>.

Rodolfo de Camargo Mancuso aduz que

o primeiro passo para a ‘revelação’ desses interesses difusos deu-se com o advento da Revolução Industrial e a conseqüente constatação de que os valores tradicionais, individualistas, do século XIX, não sobreviveriam muito tempo, sufocados ao peso de uma sociedade ‘de massa’ [...] Nessa sociedade de ‘massa’, não há lugar para o homem enquanto indivíduo isolado; ele é tragado pela roda-viva dos grandes grupos de que se compõe a sociedade; não há mais a preocupação com as situações jurídicas individuais, o respeito ao indivíduo enquanto tal, mas, ao contrário, indivíduos são agrupados em grandes classes ou categorias, e como tais, normatizados<sup>180</sup>.

A partir desse modelo econômico social de relações de massa, os bens e serviços produzidos em série deixaram de ser elaborados para atender às necessidades peculiares de cada indivíduo e passaram a ser confeccionados sob um norte de padronização do consumo com vistas a alcançarem posição de domínio no mercado<sup>181</sup>.

Por conseqüência, o número de demandas individuais propostas perante o Poder Judiciário aumentou, não só por conta de uma relativa redução na qualidade dos produtos e serviços, mas também porque novos tipos de lesões a direitos passaram a surgir em razão: das explorações desmedidas da mão de obra e da natureza; do prejuízo à saúde em razão das poluições industriais e queimadas; do aumento dos abusos de direito cometidos por meio de propaganda enganosa, cláusulas abusivas nos contratos; do domínio das técnicas dos serviços ou produtos que colocou o consumidor em posição vulnerável e hipossuficiente diante dos fornecedores; situações essas que não lhes restavam alternativa senão recorrer ao Poder Judiciário para serem protegidos.

---

<sup>179</sup> GAVRONSKI, *op. cit.*, p. 19.

<sup>180</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 81/82.

<sup>181</sup> GAVRONSKI, *op. cit.*, p. 19.

No entanto, percebeu-se que essas inúmeras demandas individuais, na maior parte das vezes, eram propostas em face das mesmas sociedades empresárias e tinham como fundamento jurídico a violação de direitos cuja relação jurídica base era idêntica ou cujo fato causador da lesão era o mesmo para muitos indivíduos.

Além disso, constatou-se que o tratamento do direito material e processual conferido pelas leis a essas ações individuais propostas, muitas das vezes, não era eficaz ou não atendia às peculiaridades das lesões que afetavam os indivíduos enquanto coletividade de pessoas.

Assim, de início, pensou-se que o tratamento coletivo das ações individuais poderia ser feito simplesmente por meio da implementação de medidas de política judiciária que tornassem mais céleres e uniformes a tramitação desses processos, buscando a economia processual. Nessa época, a uniformização de jurisprudência nos tribunais foi o principal procedimento adotado como sendo aquele tendente a diminuir, e se possível evitar, as discrepantes decisões judiciais nas lides individuais que se fundassem em relações jurídicas de base idêntica ou oriundas do mesmo fato<sup>182</sup>.

Todavia, percebeu-se que a singela adoção dessas medidas não era suficiente para proteger direitos de natureza eminentemente coletiva que estavam demandando normas específicas para que fosse propiciada a adequada tutela jurisdicional. Constatou-se que o direito material e processual clássico e de orientação individualista não fornecia o suporte necessário para a tutela de direitos que, num futuro recente, seriam denominados transindividuais<sup>183</sup>.

Márcio Flávio Mafra Leal aponta que, naquela ocasião, verificou-se a necessidade de criar ou aperfeiçoar os mecanismos de resolução de conflitos de dimensão de natureza eminentemente coletiva e que foram causados por uma sociedade massificada. Segundo o autor, era manifesta a

---

<sup>182</sup> GAVRONSKI, *op. cit.*, p. 20.

<sup>183</sup> *Ibid.*

situação emergencial de se estabelecer um direito cuja titularidade era atribuída a uma massa indeterminada de indivíduos que não possuía representação formal<sup>184</sup>.

Desse modo, todos esses fatores sociais e jurídicos despertaram operadores do Direito de vários segmentos para a existência de direitos cuja natureza é transindividual e que se encontravam desprovidos de normas de tutela no ordenamento pátrio.<sup>185</sup>

Paralelamente a isso, surgia outro fator determinante para a positivação dos direitos transindividuais no ordenamento jurídico pátrio: a ampliação do conceito de Direitos Humanos por meio do surgimento dos direitos de segunda e terceira geração<sup>186</sup>.

Os direitos de segunda geração foram marcados pela positivação dos direitos sociais quando se exigiu do Estado uma intervenção positiva em favor do alcance da igualdade material entre os indivíduos. Desejou-se a instauração do Estado de Bem Estar Social com maior participação do governo na condução da vida em sociedade.

Nesse sentido Alexandre Amaral Gavronski aduz que

essa nova visão [necessidade de intervenção do Estado para garantir o bem estar social] se manifestou tanto nas relações capital *versus* trabalho (limitação da jornada, proibição do trabalho infantil, garantia de uma remuneração mínima, condições de segurança e salubridade no local de trabalho) como nas relações entre Estado e sociedade (direito à saúde, à educação, à previdência social – deveres positivos do Estado para com seus cidadãos) fazendo surgir os chamados direitos econômicos, sociais e culturais.

O referido jurista prossegue explicando que tais direitos de segunda geração, embora passíveis de titularidade individual, como demonstram as inúmeras demandas trabalhistas clássicas, foram assumindo, de acordo com a evolução da sociedade, um nítido contorno coletivo, ora sendo titularizado por um grupo, categoria ou classe de pessoas, como por exemplo, o direito

---

<sup>184</sup> LEAL, *Ações coletivas: história...*, p. 18.

<sup>185</sup> GAVRONSKI, *op. cit.*, p. 20.

<sup>186</sup> *Ibid.*, p. 20/21.

à salubridade nos locais de trabalho; ora sendo titularizado de maneira difusa pela sociedade como um todo, tal como, por exemplo, o direito à manutenção de escolas e hospitais públicos que assegurem a saúde e a educação para a população em geral<sup>187</sup>.

Já os direitos de terceira geração surgiram num contexto mais acalorado da sociedade mundial, tendo em vista as guerras mundiais ocorridas ao longo do século XX e o desenvolvimento da energia nuclear como ameaça de extermínio de grande parte da população<sup>188</sup>.

Outro fator considerado nessa terceira geração de direitos foi a transnacionalização das empresas que instalaram fábricas e indústrias em países onde a exploração da mão de obra era mais barata e os recursos naturais eram fartos. Isso foi determinante para a ampliação do uso intensivo das fontes de energia e dos recursos naturais de todas as regiões do planeta, o que causou descontrolada destruição ambiental, afetando principalmente os países em desenvolvimento<sup>189</sup>.

Dessa nova realidade despontaram novos anseios e novas demandas da sociedade que culminou na positivação de novos Direitos Humanos fundamentais que são: o direito à paz; a um meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado; ao patrimônio cultural da humanidade; à informação. Essa é a aclamada terceira geração de direitos, qualificada por parte da doutrina como “Direitos de Solidariedade” ou “Direitos de Fraternidade”<sup>190</sup>.

Cabe ressaltar, no entanto, que o reconhecimento da existência desses direitos de natureza coletiva pelo ordenamento jurídico brasileiro se deu em momento posterior à formação clássica do seu direito processual civil, cujo caráter era liberal e individualista. Por essa razão, não havia

---

<sup>187</sup> GAVRONSKI, *op. cit.*, p. 21.

<sup>188</sup> *Ibid.*

<sup>189</sup> *Ibid.*

<sup>190</sup> *Ibid.*

como o legislador antever mecanismos processuais para tutelar de modo satisfatório direitos que ainda não estavam positivados<sup>191</sup>.

A tutela jurisdicional coletiva somente se tornou legalmente efetiva após a positivação dos direitos de terceira geração, o que explica a dificuldade que se tinha de judicializar coletivamente os direitos sociais de segunda geração. Esses, de maneira bastante dificultosa, acabavam obtendo êxito em razão da aplicação do princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal<sup>192</sup>.

Diante de toda essa conjuntura, concluiu-se que a tutela coletiva deveria receber tratamento jurídico específico pelo ordenamento jurídico brasileiro para garantir a integral proteção daqueles direitos que, em razão da ausência de normas processuais específicas, encontravam-se desamparados. Todavia, os operadores do Direito ainda não imaginavam a celeuma que se criaria entorno das regras sobre a legitimidade ativa, os limites subjetivos da coisa julgada e o incremento dos poderes do juiz na tutela coletiva de direitos<sup>193</sup>.

Assim, nesse contexto político e social surgiu a Lei 7.347/85 que, desde então, passou a prever as normas processuais atinentes à ação civil pública destinada possibilitar a defesa em juízo dos direitos difusos e coletivos estrito senso.

---

<sup>191</sup> GAVRONSKI, *op. cit.*, p. 21.

<sup>192</sup> *Ibid.*, p. 21/22.

<sup>193</sup> *Ibid.*, p. 23.

## 2.2. Interesse *versus* direito transindividual.

A diferença entre os conceitos de *direito* e *interesse* não é uma questão recente na doutrina brasileira e muito menos no direito comparado, visto que já era suscitada na época de Rudolf von Ihering no século XIX, quando se buscava definir o conceito de direito subjetivo<sup>194</sup>.

No entanto, a doutrina atual, sem grandes dificuldades, conceitua direito e interesse como sendo institutos não só distintos, mas complementares, o que torna ainda mais importante a sua elucubração neste trabalho.

Miguel Reale conceitua o direito como sendo um sistema orgânico de preceitos ou disposições que se destina à convivência coesa e pacífica dos membros de uma coletividade ou sociedade visando à realização de seus interesses comuns fundamentais<sup>195</sup>.

Na visão desse jurista, o direito sob esse aspecto é tido como lei e ordem, isto é, um conjunto de regras obrigatórias que protege aquilo que é tido como importante pela sociedade e

---

<sup>194</sup> “Esse grande jurisconsulto sustentava que a essência do direito subjetivo não é a vontade, mas, sim, o interesse. [...] Segundo Jhering, em toda a relação jurídica existe uma forma protetora, uma casca de revestimento e um núcleo protegido. A capa que reveste o núcleo, é representada pela norma jurídica, ou melhor, pela proteção à ação, o que quer dizer, por aqueles remédios jurídicos que o Estado confere a todos para a defesa do que lhes é próprio. O núcleo é representado por algo que interessa ao indivíduo. O direito subjetivo, segundo Jhering, é esse interesse enquanto protegido. Daí a definição sucinta dada por Jhering: ‘direito subjetivo é o interesse juridicamente protegido’. [...] As objeções formuladas à teoria de Jhering culminaram com a obra de um jurista muito sutil, também da Alemanha, Thon. Este autor, entre outras ponderações que fez sobre a matéria, lembrou que o direito subjetivo é mais a proteção do interesse do que o interesse protegido, mais as grades que circundam e guardam o jardim, do que o jardim cercado pelas grades. [...] O século XIX dividiu-se entre essas duas correntes (vontade e interesse), até que surgiu, como sói acontecer, uma terceira escola tendente à conciliação desses dois grupos. É a chama teoria eclética, cujo grande mestre foi Georg Jellinek [...]. Jellinek achou que havia um antagonismo aparente entre a teoria da vontade e a do interesse, porque, na realidade, uma abrange a outra. [...] O conceito de direito subjetivo implica a conjugação desses dois elementos, motivo pelo qual ele dizia: o direito subjetivo é o interesse protegido que dá à alguém a possibilidade de agir. É, portanto, o interesse protegido enquanto atribui a alguém um poder de querer. [...] Não se trata mais da vontade psíquica, concreta, empírica, de um sujeito em um determinado momento, mas tão somente de uma possibilidade lógica de querer no âmbito normativo. [...] A teoria eclética, ainda hoje em dia, é a teoria mais vulgarizada, aquela que mais se encontra elogiada e aceita nos compêndios gerais de Direito, inclusive por seu cunho pragmático, tão do gosto dos juristas práticos.” REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 255/257.

<sup>195</sup> REALE, *op.cit.*, p. 251.

garante a convivência social com o estabelecimento de limites à ação de cada um de seus membros<sup>196</sup>.

O direito existe em razão da necessidade indeclinável de uma convivência social ordenada, pois nenhuma sociedade poderia subsistir sem um mínimo de ordem, de direção, de solidariedade.

Modernamente, sob um enfoque neoconstitucional, o direito não é concebido como um conjunto de regras postas ou de comandos abstratos que surgiram e que surgem sem qualquer suporte da realidade. Acima de tudo, o direito deve ser enxergado como o instrumento que garante e assegura o interesse maior da coletividade, consolidando os reais e atuais interesses da sociedade a que ele regula. O direito não existe senão em razão da sociedade e não pode ser concebido fora dela<sup>197</sup>.

E por ser um fato ou fenômeno social, o direito tem de se adaptar e atender às necessidades da sociedade no contexto político e social de cada época, o que o faz estar em constante processo de mutação e se apresenta, ao longo da história, sob distintas e renovadas estruturas normativas, regulando as mais variadas searas de interesses existentes na sociedade.

Já o interesse tem um caráter mais amplo e menos estruturado. Em linhas gerais, o interesse pode ser definido com sendo um anseio favorável de uma pessoa ou de uma coletividade de pessoas em relação à satisfação de uma necessidade.

Humberto Dalla Bernardina de Pinho acentua que

interesse, a seu turno, é em linhas gerais, tudo aquilo que reflete uma necessidade, seja de que ordem for, inerente a uma pessoa (física, jurídica ou moral). O interesse precede o direito, pois se reflete no mundo dos fatos, dos acontecimentos e não diretamente no mundo jurídico. A partir daí, podemos dizer que o interesse pode ou não ostentar

---

<sup>196</sup> REALE, *op.cit.*, p. 01.

<sup>197</sup> *Ibid.*, p. 02.

relevância jurídica, de acordo com as normas de cada ordenamento. Havendo esta relevância, estaremos diante de um direito<sup>198</sup>.

Assim, nem todo interesse encontra-se positivado no ordenamento jurídico, ou seja, erigido à qualidade de direito. Contudo, isso não significa que o interesse não previsto expressamente na Constituição Federal ou em norma infraconstitucional não seja relevante juridicamente e esteja desprotegido pelo direito.

Como se sabe, a omissão legislativa de um interesse juridicamente relevante pode ser suprida por meio da utilização de métodos de integração para a aplicação das normas jurídica e, ainda, pela interpretação constitucional com fundamento no bloco de constitucionalidade.

Essa questão da tutela jurídica do interesse não positivado se sobreleva quando se trata dos interesses transindividuais<sup>199</sup>, porque esses não tem a sua natureza definida com base no direito material que os envolvem. O que define suas espécies é o modo de propagação da lesão, a forma como atinge as pessoas, a divisibilidade ou não do bem jurídico a ser tutelado e o seu relevante interesse social ou individual.

Por essa razão, o rol de direitos materiais previstos na Lei da Ação Popular e na Lei da Ação Civil Pública não é capaz de dar proteção judicial coletiva a todos os interesses que possuem natureza transindividual. E considerar tal rol taxativo, gera a exclusão da proteção judicial de outros interesses transindividuais, pelo singelo fato de que o direito material a que versam não se encontra ali expressamente previsto ou o de que o bem jurídico a que se visa tutelar não está elencado naquele rol.

---

<sup>198</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Individual Homogêneo*: uma leitura e releitura do tema. Artigo Jurídico, p. 2. Eextraído de [www.humbertodalla.pro.br/arquivos/direito\\_individual\\_homogeneo\\_190403.pdf](http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/direito_individual_homogeneo_190403.pdf) Acesso em 11 jan 2012.

<sup>199</sup> Hugo Nigro Mazzilli ensina que a formação gramatical do vocábulo “transindividual” é o correto, porque trata-se de um neologismo formado com prefixo e radical oriundos do latim. O vocábulo “metaindividual” não é gramaticalmente correto, porque trata-se de um neologismo híbrido formado por um prefixo em grego e um radical em latim. MAZZILLI, A defesa dos interesses difusos..., p. 52/53. Portanto, neste trabalho, a expressão “interesses e direitos transindividuais” será usada como gênero das espécies difusos, coletivos e individuais homogêneos.

No entanto, para sanar esse impasse, o Constituinte Originário esteve atento e sensível a essa questão, fazendo constar expressamente em seu artigo 129, inciso III, que é 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.

Observe-se que, ao tratar sobre a ação civil pública, a Constituição Federal de 1988 ampliou a legitimidade do Ministério Público, conferida pela Lei 7.347/85, permitindo que o *Parquet* tutele quaisquer outros interesses difusos e coletivos, e não somente aqueles positivados pelo ordenamento jurídico e erigidos a qualidade de direitos.

Ressalte-se que, na época da elaboração da Constituição Federal de 1988, o direito brasileiro ainda não tinha incorporado a noção de interesses e direitos individuais homogêneos e, portanto, a redação do referido dispositivo está condizente com a realidade da época.

Com o passar do tempo, buscando o aperfeiçoamento do microsistema de tutela coletiva no Brasil, o legislador inseriu no Código de Proteção e Defesa do Consumidor normas complementares à Lei da Ação Civil Pública com vistas a ampliar o campo de proteção dos interesses e direitos transindividuais.

Nesse aspecto, o parágrafo único do artigo 81 do referido diploma legal merece destaque, pois, com o objetivo de encerrar essa, passou a prever de modo abrangente que a tutela coletiva será exercida sempre que estiverem envolvidos *interesses* ou *direitos* difusos, coletivos estrito senso e individuais homogêneos.

Infere-se, pois, que o objetivo do legislador foi dar o maior alcance possível à proteção judicial de todos os *interesses* que possam ser qualificados como alguma das espécies de interesses e direitos transindividuais, deixando como meramente exemplificativo o rol de direito material e bens jurídicos definidos nas leis 4.717/65 e 7.347/85.

Marcelo Abelha Rodrigues, ao comentar sobre o parágrafo único do artigo 81 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, aduz

certamente que direito não é a mesma coisa que interesse e isso fica evidente no próprio texto legal. Aliás, diz-se, normalmente, que direito é o interesse juridicamente protegido. Entretanto, por ficção jurídica, o legislador fez com que os interesses ali discriminados fossem equiparados a direitos, permitindo a sua tutela. Essa equiparação tem raízes fincadas na dificuldade de se definir e separar um instituto do outro; para aumentar o rol de interesses juridicamente tuteláveis; para concretizar a existência de direitos que não são apenas normas instituidoras de programas na nossa constituição, tais como o direito do meio ambiente, o direito ao desporto, o direito à saúde, o direito à informação, entre outros direitos sociais que apresentam espectro difuso (público propriamente dito). É de se notar que a antiga distinção entre interesse e direito parte de uma noção individualista, portanto, privatista de todo o Estado, onde este último tinha por função precípua “não violar” direitos e garantias individuais. Hoje, a sua função é menos negativa e mais positiva, na medida em que deve prestar, implementar e executar políticas públicas que indiquem os interesses sociais a serem perseguidos<sup>200</sup>.

Com efeito, por meio da interpretação sistêmica do conceito de interesses ou direitos difuso, coletivo e individual homogêneo previsto no referido dispositivo é possível alcançar a proteção jurídica de quaisquer interesses transindividuais, sem implicar numa construção *contra legem* ou numa caracterização como mera conjectura<sup>201</sup>.

Por conta disso, o reconhecimento de um interesse transindividual em juízo deve ser feito por meio da interpretação sistemática desse dispositivo com o caso concreto sob análise, extraindo-se dela norma subordinante ao feixe de proteção irradiado pela *mens legis* do microsistema de tutela coletiva, tornando ainda mais efetivo e eficiente no seio social.

Cabe sublinhar, no entanto, que o legislador teria sido mais técnico se tivesse optado por utilizar a expressão “interesses e direitos” conforme fez no caput do artigo 81 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, ao invés de se valer do conectivo “ou” como fez no parágrafo único do mesmo dispositivo, para evitar a interpretação de que tais vocábulos sejam sinônimos.

---

<sup>200</sup> RODRIGUES, *Ação Civil Pública... In: DIDIER JR. (Coord.). Ações Constitucionais*, p. 347/348.

<sup>201</sup> PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direitos e interesses e sua proteção jurisdicional. In: MILARÉ, Edis (Coord.). A Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 451.

Portanto, a *mens legis* do parágrafo único do artigo 81 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor é dar amplitude máxima às possibilidades de proteção jurídica por meio do processo coletivo, abrangendo tanto os *direitos* quanto os *interesses* transindividuais.

### 2.2.1. Interesses e direitos difusos.

O Código de Proteção e Defesa do Consumidor conceitua os interesses e direitos difusos como sendo aqueles transindividuais, de natureza indivisível, na qual os seus titulares são pessoas indeterminadas, ligadas apenas por circunstâncias de fato<sup>202</sup>.

Os interesses e direitos difusos tem como titular uma coletividade de pessoas cuja individualização, ou determinação de cada um de seus componentes, é praticamente inviável em razão do grau de dispersão delas na sociedade.

Marcelo Abelha Rodrigues assevera que

não há dúvidas de que exista uma limitação dos titulares de um interesse difuso, entretanto torna-se impossível a demarcação desse limite, simplesmente porque não se pode identificar cada um dos titulares e, mais ainda, porque o elo de ligação entre tais sujeitos é uma circunstância de fato, caracterizando-se, pois, por um estado de fluidez completo, instável e contemporâneo<sup>203</sup>.

Entende-se que os interesses e direitos difusos estão além do indivíduo, ou seja, não lhe pertencem com exclusividade, mas sim a uma pluralidade de pessoas indetermináveis que se encontram ligadas por uma circunstância de fato.

---

<sup>202</sup> “Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;” Extraído em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm). Acesso em: 12 jan 2012.

<sup>203</sup> RODRIGUES, Ação Civil Pública... In: DIDIER JR. (Coord.), *Ações Constitucionais...*, p. 350.

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes ressalta que o tratamento jurídico dos interesses e direitos difusos violados não foca no problema isolado de cada pessoa, mas sim em algo que necessariamente assume dimensão coletiva e incindível<sup>204</sup>.

Observe-se que, todas as pessoas que compõe a coletividade lesada em seus interesses e direitos difusos encontram-se unidas, simplesmente, em razão de uma circunstância fática causadora da lesão, sem necessariamente haver qualquer relação jurídica em si.

No entanto, essa circunstância fática foi responsável por causar lesão a um bem jurídico de natureza indivisível e, por essa razão, a satisfação desses interesses e direitos deve ser concedida a todos os lesados, enquanto coletividade de pessoas e não a cada um isoladamente.

Note-se que, nesse ponto, o microsistema de tutela coletiva brasileiro inspirou-se no antigo sistema norte-americano, na denominada *true class action*, que tinha como pressuposto a unidade absoluta do interesse, ou seja, a natureza indivisível do direito a ser tutelado.

Márcio Flávio Mafra Leal aduz que os interesses e direitos difusos não visam a garantir propriedade ou liberdade econômica, nem busca mitigar desigualdades nessa seara. Explica o autor que esses interesses e direitos tem conteúdo não patrimonial e trata de dois aspectos fundamentais: qualidade de vida e uma concepção de igualdade vista como direito à integração, baseada em aspectos participativos nas várias esferas da vida social<sup>205</sup>.

Um exemplo clássico de violação a interesses e direitos difusos é o caso da poluição do ar por uma indústria. Muito embora haja relação jurídica entre a indústria, a Administração Pública e os consumidores de seus produtos, a lesão ao bem jurídico *ar puro* tem como causa a poluição que é gerada pela produção desses bens de consumo e não a violação daquelas relações jurídicas em si.

---

<sup>204</sup> MENDES, *Ações Coletivas...*, p. 216.

<sup>205</sup> LEAL, *Ações coletivas: história,...*, p. 103.

O objeto desse direito difuso é considerado indivisível, porque o ar é compartilhado por todos ao mesmo tempo, não podendo ser repartido e entregue a cada indivíduo a parcela que lhe pertence, porque cada indivíduo e a coletividade são, concomitantemente, titulares da totalidade desse bem. Assim, uma vez poluído o ar, a proteção desse direito difuso implica necessariamente na satisfação dos interesses e direitos de todos os membros da coletividade lesada, indistintamente.

É por essa razão que o produto de eventual indenização obtida em razão da degradação ambiental é destinado a um fundo especificado pela lei<sup>206</sup> para a recomposição do dano, não podendo ser repartido entre os integrantes do grupo lesado, porque não se enxerga cada um desses indivíduos como parte de um todo, devendo-se considerar a titularidade desses interesses e direitos como sendo do todo, ou seja, da coletividade<sup>207</sup>.

Edis Milaré, convergindo com esse entendimento, elucida que

é claro que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não é um direito patrimonial, muito embora seja passível de valoração para efeito indenitário. Cuida-se de um direito fundamental e indisponível do ser humano. Julgada procedente a ação civil pública por dano a ele perpetrado, o montante de eventual indenização que vier a ser apurado não reverterá para patrimônio algum. Nem o Estado, nem qualquer das inúmeras vítimas da degradação ambiental experimentarão acréscimo pecuniário com reparação financeira do dano. O montante apurado, recolhido ao Fundo a que se refere o art. 13 da Lei 7.347/85, reverterá necessariamente ao cuidado do meio ambiente ferido. Em última análise, reverte para toda comunidade, sendo este, exatamente o elemento que caracteriza sua difusidade<sup>208</sup>.

---

<sup>206</sup> “Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstrução dos bens lesados. § 1.º Enquanto o fundo não for regulamentado, o dinheiro ficará depositado em estabelecimento oficial de crédito, em conta com correção monetária. §2.º Havendo acordo ou condenação com fundamento em dano causado por ato de discriminação étnica nos termos do disposto no art. 1.º desta Lei, a prestação em dinheiro reverterá diretamente ao fundo de que trata o caput e será utilizada para ações de promoção da igualdade étnica, conforme definição do Conselho Nacional de Promoção da Igualdade Racial, na hipótese de extensão nacional, ou dos Conselhos de Promoção de Igualdade Racial estaduais ou locais, nas hipóteses de danos com extensão regional ou local, respectivamente.” Extraído de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7347orig.htm) Acesso em: 14 jan 2011.

<sup>207</sup> MAZZILLI, *op. cit.*, p.54.

<sup>208</sup> MILARÉ, Edis. *Ação Civil Pública na Nova Ordem Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 260, *apud* LEAL, *op. cit.*, p. 103.

Portanto, o indivíduo isoladamente não é considerado titular dos interesses e direitos difusos violados. Nos casos de lesão a bem jurídico de natureza difusa, o ordenamento jurídico brasileiro, atualmente, apenas permite ao indivíduo propor ação individual requerendo prestação jurisdicional quanto às lesões sofridas diretamente aos seus direitos individuais patrimoniais e extrapatrimoniais.

Um exemplo dessa hipótese é o pescador que se vê impossibilitado de exercer a sua atividade em razão da poluição, por uma indústria, do rio onde ele realiza a pesca. Ora, a higidez das águas fluviais é interesse e direito de todos aqueles que vivem naquela localidade, ou seja, da coletividade e não somente do pescador que ali realiza a pesca. No entanto, não se pode olvidar que o pescador sofreu um prejuízo patrimonial, e até extrapatrimonial, direto em razão daquela poluição e, portanto, surgiu para ele o direito de vindicar em juízo a reparação dos danos que lhe foram causados.

Nesse exemplo do pescador, ele poderá pedir na ação individual a ser movida por ele em face da indústria indenização por todos os prejuízos que lhe foram causados, assim como poderá se valer de todas as medidas judiciais cabíveis para cessar a poluição. De fato, esse último pedido, reflexamente, beneficiará a todos aqueles pertencentes à mesma comunidade.

Todavia, qualquer outro membro da coletividade que não tenha sido afetado diretamente em seus direitos individuais, patrimoniais ou extrapatrimoniais, como foi o caso do pescador, não terá legitimidade para propor ação em nome da coletividade requerendo a proteção do meio ambiente degradado, por ausência legal de legitimidade extraordinária.

Ressalte-se, no entanto, que as ações coletivas que visam a tutelar interesses e direitos difusos não induzem litispendência às ações individuais fundamentadas no mesmo fato. Assim,

se a ação coletiva tiver o pedido julgado improcedente nada obsta que o indivíduo proponha a ação individual para pleitear indenização pelos prejuízos patrimoniais pessoalmente causados.

Noutra vertente, uma vez julgado procedente o pedido na ação coletiva, além da produção dos efeitos *erga omnes* da coisa julgada que preservará os interesses da coletividade lesada, o indivíduo pessoalmente lesado poderá usar esse julgado para requerer judicialmente em ação individual o ressarcimento dos prejuízos<sup>209</sup>.

Nesse ponto, cabe esclarecer o seguinte: no caso da ação civil pública, a coisa julgada, em regra, produzirá efeitos *erga omnes*. Somente não será assim se o pedido tiver sido julgado improcedente por insuficiência de provas. Isso porque, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, em seu artigo 103, inciso I redimensionou a coisa julgada *secundum eventum probationis*, permitido a repropositura da ação por quaisquer dos legitimados ativos nela previstos, caso haja novas provas<sup>210</sup>.

Assim, infere-se, pois que os interesses e direitos são considerados difusos, porque ninguém é individualmente titular deles, mas sim a coletividade como um todo, o que torna obrigatória a sua proteção por meio dos instrumentos de tutela coletiva<sup>211</sup>.

---

<sup>209</sup> Art. 81. [...] Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; [...] Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, [...]. Extraído de: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm). Acesso em 21 jan 2011.

<sup>210</sup> Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; Extraído de: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm). Acesso em 21 jan 2011.

<sup>211</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Tutela dos Interesses Difusos*. Porto Alegre: AJURIS – Revista dos Juízes do Rio Grande do Sul, 33/177 apud LEAL, *op. cit.*, p. 106.

### 2.2.2. Interesses e direitos coletivos estrito senso.

Os interesses e direitos coletivos estrito senso são conceituados pelo Código de Proteção e Defesa do Consumidor como sendo aqueles transindividuais, de natureza indivisível, cuja titularidade pertence a um grupo, uma categoria ou uma classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base<sup>212</sup>.

Essa categoria de interesses e direitos transindividuais está diretamente ligada ao atendimento de um interesse privado, exclusivo e egoístico de um grupo, categoria ou classe que quase sempre se organiza para atender às suas exigências e pretensões<sup>213</sup>.

Distintamente dos interesses e direitos difusos, nos interesses e direitos coletivos estrito senso os membros da coletividade são determináveis, existindo, assim, o caráter exclusivo e particular de fruição desse interesse por parte do membro do grupo, categoria ou classe a qual pertença.

Verifica-se, nessa espécie de interesse e direito transindividual, um interesse egoístico favorável apenas àquela coletividade determinada e que visa a atender os interesses concretos de cada um de seus membros. O interesse é do grupo, mas, em última análise, beneficia os próprios titulares desse grupo individualmente<sup>214</sup>.

Assim, é possível concluir que a ação civil pública que visa a tutelar os interesses e direitos coletivos estrito senso no Brasil se assemelha à antiga *hybrid class action* do direito norte-americano, porque em ambas se reconhece a pluralidade de direitos individuais que incidem sobre o mesmo bem jurídico indivisível.

---

<sup>212</sup> “Art. 81. [...] Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: [...] II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;” Extraído de: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm). Acesso em 21 jan 2011.

<sup>213</sup> RODRIGUES, *Ação Civil Pública*. In: DIDIER JR. (Coord.), *Ações Constitucionais...*, p. 350.

<sup>214</sup> *Ibid.*, p. 350/351.

Pode-se, também, inferir que essa modalidade de tutela coletiva brasileira guarda certa relação com a atual Rule 23(b)(2) das *Federal Rules of Civil Procedure* dos Estados Unidos, na qual prevê o cabimento de ação de classe quando se verificar, no caso concreto, que a parte ré agiu ou se recusou a agir de determinada maneira, deixando de observar direitos aplicáveis a uma classe ou a uma categoria como um todo.

Nesse ponto fica bastante evidente o caráter classista dessa espécie de procedimento da *class action*, assim como é a ação coletiva brasileira que visa tutelar interesses e direitos coletivos estrito sensu que se aplica a pessoas ligadas entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base.

Essa, inclusive, é a característica essencial que permite diferenciar os interesses e direitos coletivos estrito sensu dos difusos. É justamente a expressão “ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” prevista na parte final do inciso II do parágrafo único do artigo 81 do Código de Proteção de Defesa do Consumidor a “pedra de toque” que justifica a divisão desses interesses e direitos transindividuais em espécies distintas.

Isso porque, a indivisibilidade do objeto está presente em ambas. No entanto, nos interesses e direitos difusos, a lesão ao bem jurídico independe da existência ou não de relação jurídica entre as partes adversas, o que já não acontece nos interesses e direitos coletivos estrito sensu, por ser esse um prerequisite.

Ou seja, para ser considerado titular de interesses e direitos coletivos estrito sensu, o grupo, a categoria ou a classe de pessoas devem estar ligadas entre si em razão de uma relação institucional - seja uma associação, um sindicato, uma federação ou qualquer entidade -; ou simplesmente em razão do fato de que possuem a mesma relação jurídica base com a parte contrária, sem haver necessariamente um vínculo institucional entre os membros da coletividade.

A preocupação do legislador em estender essa proteção ao grupo de pessoas que não possuem vínculo institucional entre si, mas apenas a mesma relação jurídica base com a parte contrária, decorre do fato de que, no direito brasileiro, o associativismo não é obrigatório.

Contudo, uma vez lesados os interesses e direitos de um grupo, classe ou categoria de pessoas cuja relação jurídica base com a parte contrária seja a mesma, inobstante inexistir vínculo institucional entre os lesados, entende-se que o tratamento jurídico deve ser uno e idêntico, sob pena se gerar graves injustiças<sup>215</sup>.

Com efeito, o legislador entendeu ser justa, por exemplo, a proteção daquele morador de determinado bairro que não faz parte da associação ali regularmente constituída, mas que, também, está sendo lesado em razão da má prestação de serviço de água e esgoto pela empresa responsável por prestar esses serviços na localidade.

Nessa hipótese, esse morador não possui relação institucional com os moradores que fazem parte da associação de bairro, mas, por pertencer àquela comunidade e possuir a mesma relação jurídica base com a parte contrária causadora do dano, o legislador entendeu que também deve se estender a ele o julgamento favorável da demanda coletiva proposta pela associação.

Os interesses e direitos coletivos estrito senso, assim como os difusos, o objeto por eles tutelado tem natureza indivisível e a sua tutela necessariamente sujeita todos os seus titulares aos limites da coisa julgada, independentemente da possibilidade ou não de se determinar os seus integrantes.

Nesse ponto, prevê o artigo 103, inciso II, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor que a sentença fará coisa julgada *ultra partes* limitadamente ao grupo, categoria ou classe.

---

<sup>215</sup> RODRIGUES, *Ação Civil Pública...* In: DIDIER JR. (Coord.), *Ações Constitucionais...*, p. 352.

Assim como fez para os interesses e direitos difusos, o legislador redimensionou a coisa julgada *secundum eventum probationes* para a tutela dos interesses e direitos coletivos estrito senso, fazendo constar no referido inciso a seguinte ressalva: se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, qualquer legitimado ativo previsto no artigo 5º da Lei 7.347/85 poderá intentar novamente a ação coletiva, com idêntico fundamento, desde que se valha de nova prova<sup>216</sup>.

O efeito *ultra partes* produzido pela coisa julgada nessa ação coletiva significa que se o resultado for favorável à coletividade representada, o dispositivo da sentença não será aplicável somente ao ente coletivo impulsionador da demanda, mas a todas aquelas pessoas que se enquadram naquele grupo, classe ou categoria<sup>217</sup>.

Cabe ressaltar, no entanto, que, distintamente do que fez para os interesses e direitos difusos, o legislador fez constar na parte final no artigo 104 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor que, muito embora a propositura de ação coletiva visando à tutela de interesses e direitos coletivos estrito senso não induza litispendência para as ações individuais, os efeitos da coisa julgada *ultra partes* não beneficiarão os autores das ações individuais com o mesmo objeto que não tiverem requerido a suspensão do processo dentro do prazo de trinta dias a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva<sup>218</sup>.

A *mens legis* desse dispositivo é no sentido de dar primazia a demanda coletiva em detrimento das numerosas demandas individuais, por ser aquela mais adequada a defender os

---

<sup>216</sup> Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: [...] II - *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; Extraído de: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm). Acesso em 21 jan 2011.

<sup>217</sup> RODRIGUES, *Ação Civil Pública...* In: DIDIER JR. (Coord.), *Ações Constitucionais...*, p. 352/353.

<sup>218</sup> Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva. Extraído de: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm). Acesso em 22 jan 2011.

interesses e direitos do membro da coletividade, proporcionando, acima de tudo, economia processual em relação às demandas idênticas e repetitivas.

Observe-se que, uma vez sobrestado o feito particular em razão da propositura da demanda coletiva, não haverá prejuízo para o particular, pois, ou ele será beneficiado em caso de procedência do pedido na ação civil pública, ou não será impedido de continuar a mover sua ação individual sobrestada em caso de improcedência do mesmo<sup>219</sup>.

Percebe-se, portanto, que os interesses e direitos coletivos estrito senso possuem características que os aproximam dos interesses e direitos difusos, mas o seu objetivo é tutelar interesses e direitos específicos de determinado grupo, categoria ou classe de pessoas, que não são da sociedade como um todo, o que tornou primordial a criação dessa segunda categoria de interesses e direitos transindividuais.

### 2.2.3. Interesses ou direitos individuais homogêneos.

Essa terceira categoria de interesses e direitos transindividuais foi positivada no ordenamento jurídico brasileiro quando entrou em vigor o Código de Proteção e Defesa do Consumidor que, por meio do seu artigo 81, inciso III, lhe conferiu a seguinte definição: *interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum*<sup>220</sup>.

---

<sup>219</sup> “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: [...] II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; [...] § 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.” Extraído de: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm). Acesso em 22 jan 2011.

<sup>220</sup> “Art. 81. [...] Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: [...] III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.” Extraído de: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm). Acesso em: 22 jan 2011.

O precursor da expressão “individuais homogêneos” foi o jurista José Carlos Barbosa Moreira que, ao analisar a *class action for damages*<sup>221</sup> do direito norte-americano, definiu essa terceira categoria de interesses e direitos transindividuais como sendo um feixe de interesses e direitos individuais homogêneos e paralelos, em que se verifica a multiplicidade de objetos a serem tutelados de forma una, coletiva, para dar maior efetividade jurisdicional e tratar com maior justiça essas questões individuais<sup>222</sup>.

Seguindo essa linha de raciocínio, há quem sustente que os interesses e direitos individuais homogêneos são acidentalmente coletivos<sup>223</sup>, porque consideram tratar-se de interesses e direitos de natureza essencialmente individual, cujo objeto é divisível<sup>224</sup>, mas que o ordenamento jurídico optou por dar tratamento jurídico coletivo e unitário com vistas a alcançar a isonomia e a justiça nas decisões judiciais, evitando a proliferação de numerosas ações individuais com os mesmos fatos e fundamentos de direitos contra os mesmos réus.

Convergindo com esse posicionamento, Teori Albino Zavascki considera importante não confundir a defesa de direitos coletivos com defesa coletiva de direitos. Em sua acepção os interesses e direitos difusos e coletivos estrito senso são subjetivamente transindividuais e materialmente indivisíveis, tratando-se, portanto, de defesa de direitos coletivos. Já os interesses e direitos individuais homogêneos são simplesmente direitos subjetivos individuais e a sua tutela por meio de ação coletiva é meramente uma defesa coletiva de direitos<sup>225</sup>.

---

<sup>221</sup> A *class action for damages* é a atual Rule 23(b)(3) das *Federal Rules of Civil Procedure* do Direito norte-americano.

<sup>222</sup> RODRIGUES *Ação Civil Pública...* In: DIDIER JR. (Coord.), *Ações Constitucionais...*, p. 353.

<sup>223</sup> Nesse sentido: MENDES, *op. cit.*, p. 225/227; RODRIGUES, *Ação Civil Pública...* In: DIDIER JR. (Coord.), *Ações Constitucionais...*, p. 350; ZAVASCKI, *op. cit.*, p. 47/48.

<sup>224</sup> Entenda-se por objeto divisível aquele em que o dano ou a responsabilidade pelo dano variam de acordo com os membros da coletividade.

<sup>225</sup> ZAVASCKI, *op. cit.*, p. 33.

E prossegue o referido jurista sublinhando que

a qualificação de homogêneos não altera nem pode desvirtuar essa sua natureza. É qualificativo utilizado para identificar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados entre si por uma relação de afinidade, de semelhança, de homogeneidade, o que permite a defesa coletiva de todos eles. Para fins de tutela jurisdicional coletiva, não faz sentido, portanto, sua versão singular (um único direito homogêneo), já que a marca da homogeneidade supõe, necessariamente, uma relação de referência com outros direitos individuais assemelhados. Há, é certo, nessa compreensão, uma pluralidade de titulares, como ocorre nos direitos transindividuais; porém, diferentemente desses (que são indivisíveis e seus titulares são indeterminados), a pluralidade, nos direitos individuais homogêneos, não é somente dos sujeitos (que são indivíduos determinados), mas também do objeto material, que é divisível e pode ser decomposto em unidades autônomas, com titularidade própria<sup>226</sup>.

Contudo, divergindo desse posicionamento, Humberto Dalla Bernardina de Pinho, sustenta que o direito individual homogêneo,

mais precisamente, trata-se de direito subjetivo individual complexo. É um direito individual, porque diz respeito às necessidades, aos anseios de uma única pessoa; ao mesmo tempo é complexo porque essas necessidades são as mesmas de todo um grupo de pessoas, fazendo nascer, destarte, a relevância social da questão. Distingue-se ele, desse modo, do direito subjetivo individual simples, que se refere apenas a uma pessoa, considerada em perspectiva individual e isolada, sem pontos comuns a outras<sup>227</sup>.

Nesse sentido, o autor esclarece que o direito individual homogêneo se distingue do direito subjetivo puramente individual na medida em que a relevância social que atinge a questão não permite que a sua tutela pelos meios processuais coletivos se assemelhe a um litisconsórcio ativo facultativo, ou represente um simples meio mais econômico de tutela processual.

---

<sup>226</sup> ZAVASCKI, *op. cit.*, p. 34.

<sup>227</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Direito Individual Homogêneo: uma leitura e releitura do tema. Artigo jurídico, p. 07. Extraído de [www.humbertodalla.pro.br/direito\\_individual\\_homogeneo\\_190403.pdf](http://www.humbertodalla.pro.br/direito_individual_homogeneo_190403.pdf) Acesso em 11 jan 2012.

Para o referido autor, o direito individual homogêneo nasce como interesse individual homogêneo<sup>228</sup> e, portanto, a sua tutela coletiva pelos legitimados legais, mormente pelo Ministério Público, é imperativa.

Humberto Dalla Bernardina de Pinho elucidada, ainda, que

a partir dessa origem comum surge a extensão social do direito, pois se diversas pessoas se encontram na mesma situação jurídica, automaticamente aquela situação passa a produzir efeitos numa coletividade, obrigando o ordenamento jurídico a tutelar o direito como coletivo *lato sensu*. Sendo um direito coletivamente tutelado, passa a ser indisponível em razão dessa mesma extensão social. Em outras palavras, aquele direito que se fosse concebido individualmente seria disponível, é alçado a uma condição superior, pois há todo um grupamento social interessado no deslinde daquela controvérsia. Nessa linha de raciocínio, chega-se à conclusão de que em sede de direitos individuais homogêneos existe uma questão coletiva comum a todos os membros da classe e que se sobrepõe a eventuais questões individuais. Eis aí a pedra de toque, ou seja, a dita homogeneidade advém desta questão comum prevalente, que se torna então uma questão social, e, por conseguinte, indisponível.

Assim, não há ponto em comum entre a tutela coletiva dos interesses e direitos individuais homogêneos e a tutela de direitos individuais por meio do litisconsórcio, porque esse consiste num instrumento que visa tutelar a soma de dois ou mais direitos individuais simples num mesmo processo, mas, em nenhum momento, surge a relevância social da questão como ocorre na tutela coletiva dos interesses e direitos individuais homogêneos<sup>229</sup>.

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes acrescenta que

a vida moderna é marcada por fatos e atos relacionados com números expressivos de pessoas: desastres, relações de consumo, litígio envolvendo funcionários, empregados, aposentados, contribuintes, idosos, crianças, deficientes, investidores, etc. – fenômenos típicos de massa e que não devem ser considerados e tratados como questões puramente individuais, ainda que a situação pertinente possa ser fracionada, porque divisível. Assumem, assim, relevância social inegável. A proteção coletiva de direitos individuais deve obedecer, no entanto, aos requisitos da prevalência das questões de direitos e de fato comuns sobre as questões de direito ou de fato individuais e da superioridade da

---

<sup>228</sup> PINHO, *Direito Individual Homogêneo: uma leitura...*, p. 08.

<sup>229</sup> *Ibid.*, p. 07.

tutela coletiva sobre a individual, em termos de justiça e eficácia da sentença. Assemelha-se, assim, ao previsto na legislação norte-americana para as *class actions*<sup>230</sup>.

Não obstante o posicionamento dos renomados autores citados inicialmente, infere-se que o segundo posicionamento acima apresentado é o que oferece melhor amplitude à proteção dos anseios sociais pretendida pela Constituição Federal de 1988, uma vez que considera indisponível os interesses e direitos individuais homogêneos em razão da sua relevância social, o que torna, não só legítima, como imperativa a sua proteção pelo Ministério Público.

No que tange à divisibilidade do objeto, cabe destacar que o inciso III do artigo 81 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor não alude expressamente sobre esse ponto. Contudo, na prática, é possível aferi-la, porque o bem da vida pode ser entregue individualmente, seja quando cada lesado pleiteia individualmente a tutela do seu direito, seja quando executa individualmente a sentença coletiva.

No entanto, é importante ressaltar que a divisibilidade do objeto não retira o caráter coletivo dos interesses e direitos individuais homogêneos, porque a relevância social da causa lhe confere a qualidade de interesses e direitos indisponíveis, legitimando o Ministério Público a tutelá-los.

Dentre as normas procedimentais atinentes aos interesses e direitos individuais homogêneos do referido diploma, cabe destacar o artigo 94 que prevê a publicação de edital em órgão oficial, a fim de que os interessados possam, se quiserem, intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor<sup>231</sup>.

---

<sup>230</sup> PINHO, *Direito Individual Homogêneo: uma leitura...*, p. 07.

<sup>231</sup> BRASIL. Presidência da República. Lei Ordinária 8.078/90. Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Extraído de: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm). Acesso em: 23 jan 2011.

Além disso, o artigo 95 permite que o pedido na ação coletiva seja genérico, o que, em caso de procedência, ensejará condenação genérica, limitando a sentença a fixar a responsabilidade do réu pelos danos causados. Já a liquidação e a execução dessa sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados que trata o art. 82, conforme dispõe o artigo 97 da Lei 8.078/90.

O artigo 103, inciso III, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor prevê que a sentença fará coisa julgada *erga omnes* apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores.

Ou seja, no que tange aos interesses e direitos individuais homogêneos, o legislador adotou os efeitos da coisa julgada *secundum eventum litis*. Isso significa que, os indivíduos somente sofrerão os efeitos da coisa julgada coletiva esses se lhes forem favoráveis, porque, segundo dispositivo em alusão, a sentença coletiva que julga improcedente o pedido não traz qualquer impedimento para a propositura individual de demandas com os mesmos fatos e fundamentos de direitos<sup>232</sup>.

No entanto, cabe ressaltar que o artigo 104 da Lei 8.078/90 dispõe que dos efeitos da coisa julgada *erga omnes* na ação coletiva que tutela interesses e direitos individuais homogêneos não se beneficiarão os autores das ações individuais que não tiverem requerido a suspensão do feito dentro do prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva. Observe-se que foi reproduzida a mesma vedação que prevê para a tutela dos interesses e direitos coletivos estrito senso.

A título de exemplo, cabe citar um dos casos mais emblemáticos que o Supremo Tribunal Federal já julgou sobre a tutela coletiva de interesses e direitos individuais homogêneos: o dos

---

<sup>232</sup> RODRIGUES, *Ação Civil Pública...* In: DIDIER JR. (Coord.), *Ações Constitucionais...*, p. 397.

reajustes abusivos das mensalidades escolares, que ensejou a edição do Enunciado 643 da Súmula do Supremo Tribunal Federal<sup>233</sup>.

Nesse *leading case*, a Corte Suprema reconheceu que se tratava de interesses e direitos cuja lesão teve origem comum, qual seja, o reajuste abusivo das mensalidades escolares em geral. Ademais, considerou, ainda, que esse tema era de relevante interesse social, pois estava ligado diretamente à educação que é um direito fundamental e, por tais razões, entendeu estar o Ministério Público legitimado a propor ação civil pública para a defesa desses interesses e direitos homogêneos<sup>234</sup>.

É evidente que cada indivíduo lesado pelos reajustes abusivos nas mensalidades escolares tem legitimidade para propor ação individual para requerer a observância do que lhe é de direito. Todavia, essas lesões, cuja origem é comum, se espalharam por toda a sociedade de modo que, não se trata de uma lesão que afeta somente a um ou a poucos indivíduos, mas sim em um nível socializado, o que lhe confere o caráter indisponível e legitima o Ministério Público a tutelá-la via ação coletiva.

Assim, conclui-se que o inciso III do artigo 81 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor<sup>235</sup> tornou possível tutelar judicialmente via ação coletiva todos os interesses e direitos individuais homogêneos, quais sejam: todos aqueles cuja lesão tenha origem comum e tenha sido propagada de modo socializado, de modo a evidenciar que causa não possui interesse

---

<sup>233</sup> Enunciado 643 da Súmula do Supremo Tribunal Federal: “O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública cujo fundamento seja a ilegalidade de reajuste de mensalidades escolares. Extraído de [http://www.dji.com.br/normas\\_inferiores/regimento\\_interno\\_e\\_sumula\\_stf/stf\\_0643.htm](http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stf/stf_0643.htm) Acesso em 03 jul 2011.

<sup>234</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 332.545. Ação Civil Pública. Reajuste das mensalidades escolares. Direitos individuais homogêneos. Legitimidade do Ministério Público. Extraído de: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=mensalidades+e+escolares&base=baseInformativo>. Acesso em: 23 jan 2011.

<sup>235</sup> A Lei 8.078 - Código de Proteção e Defesa do Consumidor – foi publicado em 12 de setembro de 1990, mas somente entrou em vigor 180 dias após essa data, conforme dispõe o artigo 118 da mesma lei.

meramente individual, mais sim relevante interesse social, tornando-a indisponível para o Ministério Público.

### **3. O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO PRINCIPAL LEGITIMADO ATIVO A TUTELAR OS DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS POR MEIO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA.**

O Ministério Público, conforme prevê o artigo 127, *caput*, da Constituição Federal, é Instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Trata-se, portanto, de um órgão que não pode ser abolido pelo Poder Constituinte Derivado, porque possui atribuição constitucional e infraconstitucional de defender a sociedade em juízo ou fora dele no contexto do regime democrático de Direito instaurado em nosso país pela Constituição Federal de 1988.

Hugo Nigro Mazzilli ensina que com a expressão “instituição permanente essencial à função jurisdicional”, prevista no artigo supracitado, o legislador constituinte originário disse menos do que deveria, porquanto o Ministério Público possui inúmeras funções exercidas independentemente da prestação jurisdicional, tais como a fiscalização das prisões, o inquérito civil, a homologação de acordos extrajudiciais, dentre outras, e, paradoxalmente, disse mais do que deveria, pois esse órgão não oficia em todos os feitos judiciais.<sup>236</sup>

A defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais, individuais indisponíveis ou relevantes socialmente qualifica o Ministério Público como verdadeiro guardião das liberdades públicas e do Estado Democrático de Direito, na medida em que o exercício de suas atribuições, judiciais ou extrajudiciais, visa, em essência, garantir a observância e o respeito

---

<sup>236</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 67.

aos fundamentos do modelo social pretendido<sup>237</sup> e a promoção dos objetivos fundamentais<sup>238</sup> do país<sup>239</sup>.

O Ministério Público atualmente não é órgão de governo e nem está atrelado a qualquer dos três Poderes instituídos no Brasil, porque a Constituição Federal de 1988, além de tê-lo desvinculado dos capítulos que regulam o Poder Legislativo, Executivo e Judiciário, lhe conferiu garantias e prerrogativas que possibilitam a atuação da Instituição e de seus membros em defesa dos interesses da sociedade com total autonomia e independência funcional, seja no desempenho de funções ativas ou interventivas, seja judicial ou extrajudicialmente. Trata-se, portanto, de um efetivo órgão independente no Estado brasileiro.

Hoje, a instituição do Ministério Público no Brasil elucida a idéia de um órgão incumbido de defender os interesses da sociedade, seja na área penal, em que é intensa sua atividade, seja no campo extrapenal, em que não menos incansável é sua tarefa, mormente na defesa dos direitos transindividuais.<sup>240</sup>

No entanto, nem sempre foi assim, pois o Ministério Público desde a sua origem até os dias atuais passou por uma enorme evolução em termos de formação e consolidação como instituição defensora dos interesses da sociedade, fortalecendo-se ainda mais como aquela primordial na tutelar dos direitos transindividuais, ante do parco ativismo social característico deste país.

---

<sup>237</sup> O modelo social pretendido é aquele previsto no artigo 1º da Constituição Federal: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pluralismo político.

<sup>238</sup> Os objetivos fundamentais são aqueles previstos no artigo 3º da Constituição Federal, quais sejam, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e da marginalidade e redução das desigualdades sociais e regionais, promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>239</sup> ALVES, Airton Buzo *et al.* *Funções Institucionais do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 312.

<sup>240</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. v 2. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 340/341.

### 3.1. A evolução histórica do Ministério Público no Brasil.

O vocábulo “ministério” é oriundo do latim *miniterium* que significa o ofício do *minister*, ou seja, do servidor. Em sentido genérico, referindo-se aos agentes que, de qualquer forma, exercitavam uma função pública, a expressão “ministério público” já se encontrava nos textos romanos clássicos<sup>241</sup>.

No entanto, há controvérsia sobre a origem histórica do órgão Ministério Público, sendo essa comumente mencionada pela doutrina como tendo ocorrido nos textos napoleônicos durante a Revolução Francesa, ocasião em que, efetivamente, a instituição teria sido estruturada no ordenamento jurídico francês e recebeu a denominação *ministère public* que serviu de modelo para outros Estados Nacionais da época<sup>242</sup>.

No Brasil, antes de consolidar-se como uma instituição autônoma, com independência funcional e com todas as garantias e prerrogativas<sup>243</sup> que hoje lhes são inerentes, o Ministério Público evoluiu, formando-se de maneira lenta e progressiva ao longo da história, amoldando-se às exigências político sociais de cada época.

A Constituição de 16 de julho de 1934 foi a primeira a constitucionalizar o Ministério Público, inovando o tratamento institucional, ao reservar-lhe capítulo próprio, absolutamente independente dos demais poderes do Estado, situando-o entre os “Órgãos de Cooperação nas Actividades Governamentais” no Capítulo Vm Seção I<sup>244</sup>.

---

<sup>241</sup> MAZZILLI, *Introdução...*, p. 38.

<sup>242</sup> Reforça esta origem a permanência do vocábulo francês *parquet* que significa assoalho. Isso se deveu porque os chamados procuradores do rei, antes de se tornarem magistrados e terem assento reservado ao seu lado no estrado, eles tinham assento sobre o assoalho da sala de audiências.

<sup>243</sup> O Ministério Público brasileiro teve sua origem e evolução no Direito lusitano, com as Ordenações Afonsinas Título VIII, Livro I; Ordenações Manuelinas Título XI e XII, Livro I e Ordenações Filipinas, Título XII, XIII, XV e XLIII, Livro I.

<sup>244</sup> JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Curso de Princípios Institucionais do Ministério Público*. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 10.

Todavia, a Constituição de 1937, que foi promulgada sob a ditadura do Presidente Getúlio Vargas, causou retrocesso na instituição, visto que poucos artigos dispuseram sobre as atribuições do *Parquet*, sendo que foram suprimidas garantias e prerrogativas que haviam sido conferidas aos seus membros na Constituição anterior, tornando sua função no Estado brasileiro, bastante reduzida naquela época.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1946, o Ministério Público novamente se fortaleceu perante o Governo e a sociedade, porque a estabilidade e inamovibilidade passaram a ser asseguradas aos seus membros. Além disso, a sua atuação tanto no âmbito federal, como no âmbito estadual, passou a ter previsão constitucional, sendo que a sua atribuição para atuar nos feitos judiciais foi repartida entre as Justiças Comum, Militar, Eleitoral e do Trabalho.

Em 1967 foi promulgada uma nova Constituição e o Poder Constituinte Originário da época inseriu todos os artigos que dispunham sobre o Ministério Público no capítulo que tratava do Poder Judiciário. Isso significou um avanço para a instituição, na medida em que ela conseguiu conquistar autonomia e independência em relação ao Poder Executivo ao ter suas garantias e prerrogativas equiparadas às previstas para a magistratura.

Contudo, durante a vigência da Constituição de 1967 entrou em vigor a Emenda Constitucional 1/69 que novamente realocou os dispositivos constitucionais atinentes ao Ministério Público no capítulo do Poder Executivo, mantendo, somente a autonomia de organização e de carreira, o que causou retrocesso na instituição em relação às conquistas alcançadas pela Instituição em Constituições anteriores.

Essa alteração promovida na Constituição Federal de 1967 se deu em razão da ruptura da ordem constitucional até então vigente e, sequencialmente, pela instauração de um regime de exceção autoritário, oposto ao Estado Democrático de Direito. Por ser uma instituição voltada

para a defesa da sociedade, até mesmo contra o Estado em caso de abuso, naturalmente desejou-se o enfraquecimento do Ministério Público brasileiro naquela época.

Apesar desse retrocesso, nas décadas de 1970 e 1980 iniciou-se o efetivo crescimento institucional do Ministério Público, pois em 1973 entrou em vigor o Código de Processo Civil que consolidou a posição institucional do Ministério Público no âmbito do Direito Processual Civil nas funções de órgão agente e interveniente<sup>245</sup>.

Em 1977 foi aprovada a Emenda Constitucional 7, que acrescentou o parágrafo único ao artigo 96, passando a exigir a edição de uma lei complementar que estabelecesse normas gerais de organização do Ministério Público estadual. Atendendo a esse comando, foi editada e entrou em vigor a Lei Complementar federal 40 de 1981 que se tornou um estatuto básico e uniforme de tratamento orgânico em nível nacional para o Ministério Público estadual, fixando suas principais atribuições, garantias e vedações, além de criar órgãos colegiados dentro da instituição.

Dentre as legislações ordinárias editadas nessa época, destacaram-se para o Ministério Público: a Lei 6.938/81 que em seu artigo 14, §1º confere legitimidade exclusiva para o *Parquet* propor a ação reparatória de danos ao meio ambiente e a terceiros; e a Lei 7.347/85 que passou a regular a ação civil pública, conferindo ao Ministério Público não somente a legitimidade para a sua propositura em defesa dos direitos difusos e coletivos, como também lhe conferiu a presidência do inquérito civil.

Nesse contexto histórico, iniciavam-se mudanças políticas no Brasil, fortalecendo-se a idéia de convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte para o país com a finalidade de conferir uma nova e legítima ordem jurídica à nação.

Assim, em junho de 1986 foi elaborada a Carta de Curitiba no 1º Encontro Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça e Presidentes de Associações de Ministério Público, que buscou

---

<sup>245</sup> JATAHY, *op. cit.*, p. 36.

consolidar propostas e sugestões de dispositivos de lei aos trabalhos preparatórios da Assembléia Nacional Constituinte referentes à Instituição do Ministério Público, com o objetivo harmonizar os pontos básicos a ela atinentes para um novo texto constitucional<sup>246</sup>.

A Carta de Curitiba conceituou o Ministério Público como “instituição permanente do Estado, responsável pela defesa do regime democrático e do interesse público, velando pela observância da Constituição e da ordem jurídica”.

Além disso, propôs que a nova Constituição Federal assegurasse autonomia e garantias à instituição e aos seus membros, conferindo-lhe importantes atribuições, dentre as quais destacaram-se: tornar privativa a promoção da ação penal pública; a edição de lei complementar com normas gerais para o Ministério Público Nacional; garantiu de forma expressa a inamovibilidade no cargo e nas respectivas funções; primou pela vedação da advocacia para seus membros, assim como pela vedação da representação em juízo das Fazendas Públicas<sup>247</sup>.

A Carta de Curitiba foi de muita importância histórica, porque conteve o primeiro texto nacional de consenso sobre o Ministério Público nacional, servindo como uma base sólida para as reivindicações constitucionais da Instituição. Nela consolidou-se a idéia da vocação social do *Parquet*, definindo-o como órgão agente dos interesses sociais e sedimentando-se a idéia do Ministério Público como defensor do povo<sup>248</sup>.

Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Ministério Público se tornou efetivamente um órgão independente de todos os Poderes, com seus

---

<sup>246</sup> O anteprojeto conhecido como Carta de Curitiba foi resultado do trabalho de harmonização das seguintes fontes: a Constituição de 1969 e a Lei Complementar 40/81; as teses aprovadas no VI Congresso Nacional do Ministério Público em 1985, São Paulo; as respostas dos membros do Ministério Público do país a uma pesquisa nacional, elaborada em outubro de 1985 pela Confederação Nacional do Ministério Público – Conamp; o anteprojeto apresentado pelo então Procurador-Geral da República, José Paulo Sepúlveda Pertence à Comissão Afonso Arinos em 1986; e uma consolidação elaborada por comissão designada pela Conamp, preparatória para a reunião final em Curitiba em junho de 1986.

<sup>247</sup> MAZZILLI, *Introdução ao...*, p. 60.

<sup>248</sup> JATAHY, *op. cit.*, p. 13.

dispositivos positivados na Seção I do Capítulo IV que regula as funções essenciais à Justiça, tendo-lhe sido concedidas garantias, prerrogativas e atribuições constitucionais erigidas à condição de Cláusulas Pétreas, o que lhe fez ser considerado por muitos juristas um “Quarto Poder”.

É a qualidade de órgão essencial e imprescindível à Justiça Social e à manutenção do Estado Democrático de Direito conferida pela Constituição Federal de 1988 que protege o Ministério Público contra o poder de reforma do legislador constituinte derivado, impedindo-o de aboli-lo ou de diminuir suas atribuições.

Nesse sentido, diante desse suporte constitucional, foram editadas a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público<sup>249</sup>, a Lei Orgânica do Ministério Público da União<sup>250</sup> e as Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos dos Estados da Federação, legislações essas que regulamentam toda a estrutura da instituição em todos os níveis, de seus membros e de suas atividades.

Assim, o Ministério Público recebeu a importante destinação de promover privativamente a ação penal pública, defender a ordem jurídica, o regime democrático, os interesses sociais e individuais indisponíveis, principalmente perante o Poder Judiciário, junto ao qual tem a missão de promover a Justiça Social.

No âmbito penal, o artigo 5º, inciso LIX do Constituição Federal de 1988 atribui ao Ministério Público o *munus* de promover exclusivamente à ação penal pública, sendo que em relação à ação penal privada e a ação penal privada subsidiária da pública, o *Parquet* intervém como fiscal do princípio da indivisibilidade da ação e da lei.

---

<sup>249</sup> Lei 8.625/93.

<sup>250</sup> Lei Complementar 75/93.

Contudo, os membros do Ministério Público não são simplesmente acusadores criminais, porque no âmbito extrapenal, eles tem legitimidade para a propositura de ação declaratória de inconstitucionalidade, de ação de responsabilidade civil decorrente de infrações apuradas por comissões parlamentares de inquérito, de ação de improbidade administrativa, de ação civil pública para tutelarem interesses e direitos transindividuais e individuais indisponíveis, assim como defender judicialmente as populações indígenas.

Além disso, ainda no âmbito extrapenal, o Ministério Público atua conjuntamente com o magistrado na qualidade de fiscal da lei, zelando pela entrega da prestação jurisdicional de forma mais equidistante e justa possível.

Ou seja, a Constituição da República de 1988 elevou o Ministério Público à condição de guardião dos interesses ou direitos que afetam a sociedade, atribuindo-lhe a função de defesa judicial e extrajudicial dos direitos sociais mais expressivos.

Nesse contexto, se destacam as ações coletivas, mormente, a ação civil pública, que tem por objetivo principal a defesa de interesses e direitos transindividuais, gênero das espécies: difusos, coletivos e individuais homogêneos e indisponíveis.

Dispõe o artigo 1º da Lei 7.347/85 que é cabível a propositura de ação civil pública para responsabilizar os causadores de danos morais e patrimoniais ao meio ambiente; ao consumidor; a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; a qualquer outro interesse difuso ou coletivo; por infração da ordem econômica e da economia popular; e à ordem urbanística.

Todavia, o Ministério Público, diferentemente da ação penal pública, não possui legitimidade ativa privativa para propor a ação civil pública, visto que o artigo 5º da Lei

7.347/85, após algumas alterações legislativas, legitima também a Defensoria Pública<sup>251</sup>; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; e a associação que se enquadre nos requisitos ali previstos<sup>252</sup>.

### 3.2. O Ministério Público nos dias atuais e a sua primordialidade na tutela coletiva brasileira.

As garantias, prerrogativas e atribuições constitucionalmente conferidas ao Ministério Público permitem inferir que o *Parquet* é a principal instituição na defesa dos direitos transindividuais e individuais indisponíveis por meio da propositura da ação civil pública no Brasil.

E isso porque, a sua autonomia financeira e administrativa, a sua independência funcional, a inamovibilidade, a vitaliciedade e a irredutibilidade de subsídios garantidos aos seus membros pela Carta Magna de 1988, e reguladas por lei infraconstitucionais, tornaram o Ministério Público um órgão dotado de parcela da soberania do Estado, exercendo, hoje, o papel de defensor dos interesses ou direitos da sociedade, de coletividades, interesses individuais homogêneos e individuais indisponíveis, que não se confundem com os interesses de particulares, nem do governo e dos governantes.

Tanto é assim que a Constituição Federal impõe uma série de vedações aos membros do Ministério Público como, por exemplo, o exercício da advocacia, de atividade político-partidária<sup>253</sup>, a proibição da representação judicial e da consultoria jurídica de entidades

---

<sup>251</sup> Legitimidade conferida posteriormente pela Lei 11.488/2007.

<sup>252</sup> Conforme dispõem as alíneas “a” e “b” do inciso V do artigo 5º da Lei 7.347/85 a associação para ter legitimidade para propor ação civil pública tem que concomitantemente, estar constituída há pelo menos um ano nos termos da lei civil e tem que estar incluída entre as 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.

<sup>253</sup> Artigo 128, §5º, inciso II, alínea “e” da Constituição Federal.

públicas<sup>254</sup>, o que reforça a independência e a isenção em sua atuação perante a sociedade e os órgãos públicos.

Além disso, a própria Lei da Ação Civil Pública confere somente ao Ministério Público uma série de prerrogativas que destacam essa instituição em relação aos demais legitimados a propositura da ação civil pública, sendo que nos casos em que ele não intervier como parte autora, a referida lei prevê que ele funcionará obrigatoriamente como fiscal da lei<sup>255</sup>.

Dentre essas prerrogativas concedidas exclusivamente ao Ministério Público pela Lei 7.347/85 destacam-se: a possibilidade de ele instaurar inquérito civil que tramitará sob a sua presidência, assim como requisitar de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar<sup>256</sup>, o que permite colher melhor as provas necessárias para instruir a ação civil pública.

Marcelo Abelha Rodrigues ressalta que o inquérito civil é procedimento exclusivo do Ministério Público, o que o coloca numa posição de destaque que lhe confere respeitabilidade e reconhecimento por parte de todos como sendo o tutor natural dos direitos transindividuais<sup>257</sup>

O artigo 6º da Lei 7.437/85 estabelece que qualquer pessoa poderá, e o servidor público deverá, provocar a iniciativa do *Parquet*, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto de ação civil pública, indicando-lhe os elementos de convicção.

O artigo 7º dessa mesma lei aponta o Ministério Público como sendo o destinatário das peças de informação, quando, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem o conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil pública.

---

<sup>254</sup> Artigo 129, inciso IX da Constituição Federal.

<sup>255</sup> Artigo 5º, §1º da Lei 7347/85.

<sup>256</sup> Artigo 8º, §1º da Lei 7.347/85.

<sup>257</sup> RODRIGUES, *Ação Civil Pública...* In: DIDIER JR. (Coord.), *Ações Constitucionais...*, p. 384.

Carlos Roberto de Castro Jatahy sustenta que, para o Ministério Público, a ação civil pública é regida pelos princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade, ou seja, uma vez configurada qualquer das lesões prevista no artigo 1º da Lei 7.347/85, estará configurada a existência dos elementos exigidos em lei para a sua propositura e o *Parquet*, nesse caso, não terá discricionariedade para deixar de agir<sup>258</sup>, tendo a lei, inclusive, tratado dos meios de controle desses princípios<sup>259</sup>.

Todavia, uma vez ausente a justa causa para a propositura da ação civil pública, o Ministério Público promoverá o arquivamento do inquérito civil ou das peças de informação que estará sujeito à revisão do seu Conselho Superior<sup>260</sup>.

Hoje o Ministério Público é uma carreira bem estruturada, com as mesmas prerrogativas da magistratura, em que se valoriza bastante a independência funcional e o mérito de seus integrantes, tornando a instituição muito forte e equidistante em relação aos demais Poderes para a efetiva defesa dos interesses da sociedade em juízo ou fora dele.

A independência funcional significa que, no exercício de sua função, os membros do Ministério Público não estão hierarquicamente subordinados entre si ou ao Procurador Geral de Justiça, em razão do seu livre convencimento motivado, devendo apenas observar os preceitos constitucionais e legais.

A subordinação ao Chefe da instituição é meramente administrativa<sup>261</sup>, uma vez que o Procurador Geral de Justiça não pode obrigar o Promotor ou Procurador a proceder de determinada maneira quando o assunto pertencer ao exercício de suas funções institucionais e o

---

<sup>258</sup> JATAHY, *op. cit.*, p. 376.

<sup>259</sup> Artigo 9º e parágrafos da Lei 7.347/85.

<sup>260</sup> MAZZILLI, *A defesa dos interesses...*, p. 91.

<sup>261</sup> Artigo 43, inciso XIV da LOMP.

ato depender de sua livre convicção, porque o princípio institucional da independência funcional o garante tal liberdade<sup>262</sup>.

Ou seja, dotados constitucionalmente de autonomia funcional, os membros do Ministério Público, no desempenho de seus deveres profissionais, não estão subordinados a qualquer órgão ou ente federativo, submetendo-se apenas à sua consciência e aos limites imperativos da lei, sendo, por essa razão, considerados verdadeiros agentes políticos<sup>263</sup>.

A autonomia administrativa e financeira conferidas pela Constituição Federal de 1988 também são atributos que reforçam a independência do Ministério Público em relação aos entes da federação, porque o órgão tem a capacidade de gerir e organizar todas as questões de seu interesse segundo as normas legais que o regem, assim como tem a capacidade de elaborar sua proposta orçamentária, de gestão e aplicação dos recursos a ele destinados, sem a ingerência de qualquer Poder<sup>264</sup>.

Outras garantias conferidas aos membros do Ministério Público pela Constituição Federal de 1988 são: a irredutibilidade de subsídios, a inamovibilidade<sup>265</sup> e a vitaliciedade<sup>266</sup> que visam a assegurar o exercício impessoal e independente das suas funções, evitando perderem seu

<sup>262</sup> Excede a essa regra o disposto no artigo 28 do Código de Processo Penal e artigo 9º, §4º da Lei 7.347/85.

<sup>263</sup> Nesse sentido MAZZILLI, *op. cit.*, 77; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, Rio de Janeiro: Malheiros, 1993, p.72/73; e JATAHY, *op. cit.*, 22. Entendendo que agentes políticos são somente os membros do Poder Executivo e Legislativo, excluindo os membros do Ministério Público e da Magistratura, CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p.526; e DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 432.

<sup>264</sup> “Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

§ 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

§ 2º Ao Ministério Público é assegurada autonomia funcional e administrativa, podendo, observado o disposto no art. 169, propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas ou de provas e títulos, a política remuneratória e os planos de carreira; a lei disporá sobre sua organização e funcionamento. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 3º - O Ministério Público elaborará sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias.” BRASIL. Presidência da República. Constituição Federal. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) acesso em 16 de novembro de 2010.

<sup>265</sup> A inamovibilidade consiste na impossibilidade de se remover compulsoriamente o titular de seu cargo, salvo por motivo de interesse público, com observância das regras estabelecidas.

<sup>266</sup> A vitaliciedade significa que após dois anos de exercício efetivo do cargo de promotor de justiça, os membros da instituição não poderão perder o cargo, senão por sentença judicial transitada em julgado.

cargo em razão de ameaças e pressões políticas, ou mesmo do órgão superior pertencente a própria instituição.

Além disso, a Carta Magna, em seu artigo 85, inciso II, tipifica como crime de responsabilidade do Presidente da República qualquer ato atentatório ao livre exercício do Ministério Público e que, pelo princípio da simetria, também se aplica aos Governadores e Prefeitos.

Para reforçar a qualidade de principal órgão de tutela dos direitos transindividuais, o artigo 129, inciso III da Constituição Federal de 1988 prevê que a propositura da ação civil pública é uma das funções institucionais do Ministério Público.

Além disso, o exame de todo o conjunto normativo concernente à ação civil pública parece apontar para o Ministério Público como sendo o legitimado ativo mais compatível com os objetivos a que visa, sendo considerada como o órgão prioritário para a propositura dessa ação<sup>267</sup>.

Na Exposição de Motivos da Lei 7.347/85, o contemporâneo Ministro da Justiça, Abraham Abi-Ackel asseverou que, ao Ministério Público como defensor natural do interesse social deve caber, preferencialmente, a titularidade ativa na defesa dos interesses ou direitos transindividuais conferindo-lhe o poder de provocar a atividade jurisdicional em conformidade com a sua lei orgânica, que trata da ação civil pública como função institucional, sendo esse, portanto, o suposto de sua legitimidade processual<sup>268</sup>.

A primordialidade do Ministério Público na tutela coletiva e dos interesses sociais por meio da ação civil pública evidencia-se e se justifica, porque os demais legitimados concorrentes, por não possuírem a função precípua de defesa dos interesses da sociedade, da ordem jurídica, do

---

<sup>267</sup> CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 146.

<sup>268</sup> Brasil. Ministério da Justiça. *Exposição de Motivos DAL n.º 0047*. Brasília, 04 de fevereiro de 1985. Disponível em: <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJCA4FF8F8ITEMID66DECCB1A31140A8B3D51DCEA2AC35B9PTBRN.N.htm>. Acesso em 02 abr 2010.

regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, acabam se limitando a defender em juízo apenas os seus interesses ou aqueles que lhes são inerentes.

Muito embora a União e a sua Administração Pública Indireta tenham legitimidade para ajuizar ação civil pública com o objetivo de proteger interesses ou direitos transindividuais sem limitação territorial ou exigência de pertinência temática pela lei, o que mais se verifica na praxis forense é a presença dessas entidades no pólo passivo das ações coletivas.

O mesmo se observa quanto aos Estados, Distrito Federal, Municípios e suas respectivas Administrações Indiretas, ressaltando que, mesmo diante do silêncio da Lei 7.347/85, esses entes federativos se sujeitam à limitação territorial, ou seja, só devem buscar a tutela dos interesses ou direitos transindividuais por meio da ação civil pública nas suas respectivas circunscrições, sendo-lhes exigível a existência de certo vínculo jurídico entre tais pessoas e os grupos tutelados<sup>269</sup>.

As associações civis, única categoria legitimada para propor ação civil pública que não se situa na órbita do Poder Público, tem a sua legitimação restrita aos requisitos previstos no inciso V do artigo 5º da Lei 7.347/85 que consistem: na necessidade de estarem constituídas há pelo menos um ano<sup>270</sup> nos termos da lei civil, bem como no dever de terem incluídas dentre as 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.

Não obstante esses requisitos de ordem temporal e formal, para que a associação esteja legitimada a propor ação civil pública, deve haver, ainda, a pertinência temática que deriva do

---

<sup>269</sup> CARVALHO FILHO, *op. cit.*, p. 149.

<sup>270</sup> O Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento no sentido de que uma vez presente o interesse social evidenciado pela dimensão do dano e apresentando-se como relevante o bem jurídico a ser protegido, pode magistrado dispensar o requisito da pré-constituição superior a um ano da associação autora da ação. BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº. 121067 / PR Extraído de <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=associa%E3o+e+civil+e+a%E3o+e+civil+e+p%FAblica+e+dispensa+e+prazo&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1> Acesso em: 05 jan 2011.

confronto entre a finalidade de sua constituição e o interesse que ela pretende tutelar, o que torna o legitimado mais limitado para a propositura da ação civil pública.

Por fim, no que tange à legitimidade da Defensoria Pública, essa lhe foi conferida recentemente, quando entrou em vigor a Lei 11.448/2007, inserindo a instituição no rol de legitimados artigo 5º da Lei 7.347/85.

Muito embora seja evidente a relevância jurídica e social da concessão de legitimidade à Defensoria Pública para propositura da ação civil pública, mormente por consistir em um órgão voltado para a proteção dos direitos da cidadania, sua função é constitucionalmente direcionada à orientação jurídica e à defesa, em qualquer grau de jurisdição, dos necessitados financeiramente e não para a defesa dos interesses da sociedade como um todo e da ordem jurídica<sup>271</sup>.

Por essa razão, a legitimidade genérica concedida pela Lei 7.347/85 à Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública vinha sendo motivo de grandes divergências doutrinárias e jurisprudências<sup>272</sup> tendo sido forte o entendimento no sentido de que a tutela dever-se-ia limitar aos interesses ou direitos transindividuais dos necessitados<sup>273</sup>.

No entanto, com a vigência da Lei Complementar 132 de 2009, que alterou a significativamente Lei Complementar 80/94, ficou consolidado legalmente que a Defensoria Pública somente possui legitimidade para propositura de ação civil pública quando o resultado da

---

<sup>271</sup> Artigo 134 da Constituição Federal de 1988.

<sup>272</sup> O Conselho Nacional do Ministério Público – Conamp requereu ao Supremo Tribunal Federal a declaração de inconstitucionalidade do inciso II da Lei 7.347/85 inserido pela Lei 11.448/2007 - ADI 3943.

<sup>273</sup> Nesse sentido, MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 708; ZAVASCKI, *op. cit.*, p. 76/78; CARVALHO FILHO, *op. cit.* p. 156/157. A ADI 3.943/DF em trâmite no STF tem como pedido a inconstitucionalidade do artigo 5º, inciso II da Lei 7.347/85 e, alternativamente, que seja feita a interpretação conforme a Constituição Federal no sentido de excluir legitimidade para propositura de ação civil pública para a defesa de interesses difusos. Em sentido contrário vem se posicionando o Superior Tribunal conforme REsp 912.849/RS e 555.111/RJ.

demanda puder beneficiar grupo de pessoas hipossuficientes<sup>274</sup>, vedando a legitimidade genérica do órgão para a propositura dessa ação.

Portanto, tendo em vista todos esses fatores e, principalmente, em razão de toda a fisionomia jurídico-constitucional apresentada, bem como dos fins institucionais previstos na Constituição Federal de 1988 e nas leis orgânicas, evidencia-se que o Ministério Público é o órgão com a melhor aptidão e iniciativa para tutelar os interesses e direitos transindividuais e individuais indisponíveis por meio da ação civil pública, sendo atualmente, de modo incontestável, a instituição primordial na tutela coletiva no Brasil.

---

<sup>274</sup> Artigo 4º, inciso VII da Lei Complementar 80/94, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados.

#### **4. A LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOSITURA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA.**

Após toda a elucidação sobre a origem e a evolução da tutela coletiva no Brasil e nos principais países inspiradores do atual microssistema vigente, perpassando pela análise dos principais institutos afetos ao tema central deste trabalho; abordando, em sequência, o surgimento e a evolução institucional do *Parquet*, assim como a sua primordialidade na tutela coletiva deste país; introduz-se, enfim, a questão intrincada sobre a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública em matéria tributária.

Ao questionar sobre a legitimidade do Ministério Público no tema sob análise, cumpre esclarecer que não se está afirmando que essa discussão somente é pertinente em relação a esse órgão legitimado.

Todavia, conforme demonstrado no capítulo anterior, por ser a principal instituição brasileira a tutelar os interesses e direitos transindividuais e, portanto, aquela que mais propõe ação civil pública, mormente, em matéria tributária, as discussões doutrinárias e jurisprudenciais acabam por circunscrever-se sobre a legitimidade desse órgão.

Outro esclarecimento inicial importante para o enfoque que será dado neste capítulo é quanto à expressão “propositura de ação civil pública em matéria tributária”, comumente utilizada. De acordo com o parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347/85, não será cabível ação civil pública que veicule pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional, cujos beneficiários possam ser individualmente determinados.

Assim, cabe destacar que o presente estudo restringe-se às ações civis públicas que, especificamente, tenham por objetivo veicular matéria de natureza tributária, excluindo-se, por conseguinte, da discussão as demais pretensões previstas no parágrafo único do artigo 1º, da Lei 7.347/85.

A legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública que verse sobre tributos é uma questão polêmica e que gera muitos entendimentos, principalmente jurisprudenciais, bastante contraditórios.

Nesse sentido, Humberto Dalla Bernardina de Pinho esclarece que

toda a dificuldade surge da conjugação de uma legislação lacônica, fundada em conceitos jurídicos abertos ou indeterminados, aliada a uma postura tradicionalista de alguns membros do Poder Judiciário, que, infelizmente, e com todas as vênias, ainda não se mostram imbuídos de uma mentalidade apropriada à solução dos conflitos de massa, os quais demandam regras próprias, sendo inviável a aplicação das mesmas regras atinentes à jurisdição individual. Nesse passo, percebe-se, não raras vezes, que os tribunais tentam aplicar a teoria geral do processo tradicional, construída para atender às demandas individuais, aos novíssimos conflitos sociais, que, certamente, não eram sequer imaginados pelos grandes mestres clássicos quando disciplinaram os institutos da legitimidade, competência, conexão, litispendência e coisa julgada, entre tantos outros. (...) Nessa linha de raciocínio, devemos dizer que, num primeiro momento, o Poder Judiciário se posicionou perante a questão numa postura extremamente conservadora, privilegiando uma interpretação técnico-jurídica, em detrimento da adoção de entendimentos mais modernos e afinados com o interesse da coletividade. Com efeito, as primeiras decisões monocráticas não souberam reconhecer a importância do direito individual homogêneo, nem tampouco a nova dimensão social do direito processual, razão pela qual foram elas quase unânimes no sentido de negar legitimação ao *Parquet* para a propositura da ação coletiva<sup>275</sup>.

Observe-se que essa controvérsia parte das distintas concepções que se tem sobre o conceito de interesses e direitos individuais homogêneos, assim como sobre qual direito material essa espécie de tutela coletiva recai.

Portanto, de início, cabe esclarecer que, a Lei 8.078/90 passou a permitir não só a proteção via ação coletiva dos interesses e direitos individuais homogêneos do consumidor, mas

---

<sup>275</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Individual Homogêneo*. Artigo Jurídico extraído de [http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/direito\\_individual\\_homogeneo\\_190403.pdf](http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/direito_individual_homogeneo_190403.pdf) Acesso em 10 jan 2012, p.1/2.

também a tutela de todos e quaisquer interesses e direitos que possam ser qualificados como individuais homogêneos, nos moldes do inciso III do artigo 81 do referido diploma legal<sup>276</sup>.

Essa conclusão é legitimamente extraída do artigo 117 da Lei 8.078/90 que inseriu o artigo 21 na Lei da 7.347/85. Esse dispositivo da Lei da Ação Civil Pública prevê que são aplicáveis à defesa dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos previstos no Título III do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que trata da tutela individual e coletiva do consumidor. Por conseguinte, ali está inserido o artigo 81, inciso III, que traz a simples definição de interesses e direitos individuais homogêneos como sendo aqueles decorrentes de origem comum.

Desse modo, infere-se, pois, que o liame entre essas duas legislações – que pertencem ao microsistema de tutela coletiva brasileiro - legitima o Ministério Público a buscar proteção judicial por meio da ação civil pública para defender de todos e quaisquer interesses e direitos que possam ser enquadrados como individuais homogêneos.

Marcelo Abelha Rodrigues ressalta que, após o advento da Lei da Ação Civil Pública e da Constituição Federal de 1988, o ordenamento jurídico necessitava encerrar com a discussão em torno da definição de quais interesses e direitos transindividuais seriam tuteláveis por via da ação civil pública, sendo que isso ocorreu exatamente com o advento do parágrafo único do artigo 81 combinado com o artigo 117, ambos do Código de Proteção e Defesa do Consumidor<sup>277</sup>.

Nesse sentido, prossegue o referido autor sublinhando que

e fê-lo (o ordenamento jurídico) por intermédio do art. 81, parágrafo único da Lei 8.078/90, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor, que embora seja voltado

---

<sup>276</sup> Também entendem nesse mesmo sentido: GRINOVER, *Direito Processual Coletivo*. In: GRINOVER *et al* (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto...*, p. 12. MENDES, *O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis*. In: GRINOVER, *et al* (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto...*, p. 17. MAZZILLI, *A defesa dos interesses difusos...*, p. 752/753.

<sup>277</sup> RODRIGUES, *Ação Civil Pública...* In: DIDIER JR., *Ações Constitucionais*, p. 347/348.

para a defesa do consumidor, tem a sua parte processual (Título III) aplicável à defesa de todo e qualquer direito coletivo *lato sensu* (regra propositadamente inserida pelo legislador), tal como determina o art. 117 das disposições finais e transitórias. Assim, qualquer definição dos direitos coletivos *lato sensu* será de *lege ferenda*, uma vez que *lege lata* há expressa previsão. [...] Como já foi dito anteriormente, o fato de tal dispositivo estar topograficamente inserido no Título III do Código de Defesa do Consumidor não elide a sua aplicabilidade a todo e qualquer direito coletivo *lato sensu* do ordenamento jurídico brasileiro, seja ele de natureza comercial, trabalhista, civil, etc. A imperatividade dessa afirmação decorre de regra claríssima prevista no art. 117 deste mesmo diploma, que não permite outro entendimento<sup>278</sup>.

Assim, ao estabelecer um conceito abrangente de interesses e direitos individuais homogêneos no inciso III do artigo 81 da Lei 8.078/90, definindo-os, simplesmente, como sendo aqueles decorrentes de origem comum, sem, no entanto, enumerar um rol específico de bens jurídicos tutelados, o legislador quis condicionar as hipóteses de cabimento da tutela jurisdicional coletiva à configuração de quaisquer situações que se enquadrem como interesses e direitos individuais homogêneos, independentemente de qual seja a pretensão material em jogo, garantindo a máxima amplitude da questão posta em juízo e, conseqüentemente, o pleno acesso à Justiça das lides coletivas.

Nesse ponto, Hugo Nigro Mazzilli assevera que

inexiste taxatividade de objeto para a defesa judicial de interesses transindividuais. Por isso, além das hipóteses já expressamente previstas em diversas leis (defesa de meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, crianças e adolescentes, pessoas portadoras de deficiência, investidores lesados no mercado de valores mobiliários, ordem econômica, economia popular, ordem urbanísticas) quaisquer outros interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos podem em tese ser defendidos em juízo por meio da tutela coletiva, tanto pelo Ministério Público como pelos demais co-legitimados do art. 5º da LACP e art. 82 do CDC<sup>279</sup>.

Nesse sentido, todo interesse e direito que se enquadre na definição de individual homogêneo previsto no referido dispositivo, e nos limites próprios dessa conceituação, poderá ser

<sup>278</sup> RODRIGUES, *Ação Civil Pública... In: DIDIER JR., Ações Constitucionais*, p. 347/348.

<sup>279</sup> MAZZILLI, *A defesa dos interesses...*, p. 122.

coletivamente tutelado pelo Ministério Público, não importando sobre qual direito material verse a causa<sup>280</sup>.

Portanto, não há necessidade de se demonstrar a equiparação da situação jurídica a que se pretende tutelar com a do consumidor para que seja processada a demanda coletiva com base nos dispositivos do Título III da Lei 8.078/90, porque o artigo 21 da Lei 7.347/85, por si só, já autoriza a aplicação a todos os interesses e direitos individuais homogêneos. Nesse sentido, não há razões legítimas para obstar seguimento às ações coletivas que versem sobre os interesses individuais homogêneos dos contribuintes.

Nesse ponto, Humberto Dalla Bernardina de Pinho aduz que

como se vê a questão da existência de direitos individuais homogêneos em matéria tributária tem sido objeto de inúmeras controvérsias jurisprudenciais, dando azo, inclusive, *data venia*, à prolação de decisões contraditórias. Parece-nos que tem havido certa dificuldade em conceber-se a existência concomitante de um direito individual homogêneo e de uma relação de natureza tributária. E essa dificuldade é agravada pelo fato de que o próprio legislador constitucional resolveu, de um lado, trazer para o corpo da Carta o Sistema Tributário Nacional, e de outro, eleger o Ministério Público como órgão garantidor dos interesses sociais, não discriminando ou excluindo qualquer deles. Ao que parece, entende-se também que a relação tributária exclui a relação de consumo (veja a propósito os claros termos da decisão acima referida nos autos da ação coletiva ajuizada pelo IDEC). Temos para nós, que nenhuma dessas premissas é correta. Não há qualquer óbice legal ou mesmo lógico à existência de um direito individual homogêneo que ao mesmo tempo reflita uma relação de consumo e uma relação tributária, uma vez que o Código do Consumidor utiliza linguagem e terminologia extremamente abrangentes e de cunho claramente protetivo ao cidadão comum e à coletividade. Ademais, este Código, combinado com a Lei da Ação Civil Pública e as Leis Ordinárias do Ministério Público, conferem claramente ao *Parquet* a legitimidade para a tutela desses direitos. Somos forçados a reconhecer, pois, que neste caso não se pode reclamar da ausência de norma regulamentadora, mas sim da interpretação restritiva e conservadora que vem sendo aplicada a esses diplomas legais, impedindo-se, destarte, a efetivação da plenitude dos interesses da coletividade<sup>281</sup>.

---

<sup>280</sup> GAVRONSKI. *Das origens ao futuro...* In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação Civil Pública após 20 anos...*, p. 28.

<sup>281</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Individual Homogêneo*. Artigo Jurídico extraído de [http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/direito\\_individual\\_homogeneo\\_190403.pdf](http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/direito_individual_homogeneo_190403.pdf) Acesso em 10 jan 2012.

Outrossim, o argumento no sentido de que os interesses e direitos individuais homogêneos dos contribuintes possuem natureza patrimonial, disponível e que, por essas razões, o Ministério Público não teria legitimidade para tutelá-los por meio da ação coletiva não se sustenta.

A causa cujo objeto tenha por fim combater a inconstitucionalidade, a ilegalidade ou o abuso de poder na tributação, quando for decorrente de origem comum, possui um interesse social relevante que o torna indisponível.

Sobre esse ponto da questão, Humberto Dalla Bernardina de Pinho sustenta que

põe-se em exame aqui também a indagação acerca do caráter disponível do direito em jogo, por se tratar de matéria tributária. Parece-nos, contudo, que tal disponibilidade só existe se for concebida individualmente, o que não se coaduna com a ação coletiva, onde é sempre priorizado o impacto social do fato jurídico que dá azo ao ajuizamento da ação coletiva. Nesse passo, um direito individual que até pode ser disponível, se considerado nos estritos limites daquela pessoa, passa a ostentar o caráter de indisponibilidade, dado o seu alcance social. E mesmo que haja dúvida acerca da configuração de tal indisponibilidade, dada a carência de elementos em nosso ordenamento para tal caracterização, deve ser sempre utilizada a interpretação mais benéfica do ponto de vista de acesso à justiça para a coletividade, sob pena de se criar uma área de sombra nessa garantia constitucional<sup>282</sup>.

Como toda discussão sobre os interesses e direitos individuais homogêneos acaba tendo como parâmetro os interesses e direitos do consumidor, sob um aspecto a comparação com esses interesses e direitos é salutar.

Os interesses e direitos individuais homogêneos dos consumidores possuem natureza eminentemente patrimonial e, se forem analisados sob o viés individual, também são disponíveis. Isso porque envolve dispêndio de dinheiro particular na aquisição de bens e serviços, sendo que a lesão aos seus interesses e direitos implica, diretamente, na lesão ao patrimônio disponível do consumidor pelo fornecedor.

---

<sup>282</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Individual Homogêneo*. Artigo Jurídico extraído de [http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/direito\\_individual\\_homogeneo\\_190403.pdf](http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/direito_individual_homogeneo_190403.pdf), Acesso em 10 jan 2012, p. 10/11.

No entanto, mesmo possuindo caráter patrimonial e disponível, a Constituição Federal de 1988 garante a criação de mecanismos processuais de tutela coletiva quando a lesão em massa perpetrada pelos fornecedores causar graves prejuízos sociais e econômicos.

Esse mesmo raciocínio deve ser transportado para as ações coletivas que visem a tutelar os interesses e direitos individuais homogêneos dos contribuintes. Isso porque, ainda que nas causas tributárias individuais haja cunho patrimonial e disponível, quando a lesão decorre de origem comum e atinge um nível socializado, *per se*, já estará caracterizada a relevância social e a indisponibilidade desses interesses e direitos capaz de justificar o seu tratamento jurídico e processual por meio dos instrumentos de tutela coletiva.

Tanto é assim, que o inciso III do artigo 81 da Lei 8.078/90 não faz alusão à necessidade de se verificar em cada caso a existência de relevante interesse social e indisponibilidade dos interesses e direitos, porque quando se tratar de interesses e direitos individuais homogêneos essas características já são ínsitas.

Nesse mesmo sentido, a Excelentíssima Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Nancy Andrigh, fundamentou seu voto no Recurso Especial 910.192/MG asseverando que

é desnecessário investigar, em cada caso, a relevância social a justificar a atuação do Ministério Público, bastando a demonstração de que se trata de direito difuso, coletivo ou individual homogêneo. Não se pode relegar a tutela de todos os direitos a instrumentos processuais individuais, sob pena de excluir do Estado e da Democracia aqueles cidadãos que mais merecem sua proteção, ou seja, uma multidão de desinformados que possuem direitos cuja tutela torna-se economicamente inviável sob a ótica do processo individual. Assim, assegurar direitos e viabilizar sua tutela é interesse do Estado Democrático de Direito e de todos os seus órgãos. Há relevância social no trato coletivo de interesses individuais homogêneos, ainda que disponíveis, e o Ministério Público é agente legítimo para tanto<sup>283</sup>.

---

<sup>283</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial 910.192/MG. PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO. LEGITIMIDADE E INTERESSE PROCESSUAIS CONFIGURADOS. Data do Julgamento: 02/02/2010. Extraído de: [http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=910192&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=910192&b=ACOR). Acesso em: 09 mai 2011.

Portanto, conclui-se que há redundância na expressão *interesses e direitos individuais homogêneos de relevante interesse social*, pois, em se tratando de interesses e direitos individuais homogêneos, *per se*, já significa haver relevância social capaz de legitimar o Ministério Público a tutelá-los por meio da ação coletiva.

Se a lesão for causada por um fato decorrente de origem comum e atingir um grupo de pessoas em um nível socializado, os interesses e direitos violados são socialmente relevantes e, portanto, indisponíveis para o Ministério Público, o que não só o legitima a atuar por meio da ação civil pública, como representa um dever desse órgão por consistir em uma de suas funções institucionais prevista constitucionalmente.

Nesse sentido, não parece ser legítimo deixar ao crivo dos magistrados, como costuma acontecer, a cognição sobre o relevante interesse social de cada causa. Ao buscar solução judicial, via ação coletiva, para conflitos que envolvam interesses e direitos individuais homogêneos, não se deve dar proteção apenas àqueles interesses e direitos cujo juízo, subjetivamente, considere como relevante socialmente, mas sim, objetivamente, àqueles decorrentes de origem comum, conforme define a lei e que atinjam um nível socializado. Não se deve fazer interpretação restritiva a tutela de interesses e direitos lesados, quando a lei assim não faz.

Além disso, deixar de tutelar via ação coletiva os interesses e direitos individuais homogêneos dos contribuintes, relegando a sua tutela apenas à via processual individual, é medida dotada de flagrante inconstitucionalidade, na medida em que fere o princípio basilar da isonomia.

Os interesses e direitos cuja violação seja decorrente de origem comum e atinja um nível socializado, principalmente, aqueles garantidos constitucionalmente, devem ser tutelados de

maneira equânime e por via processual coletiva própria, sob pena de se criar privilégios nada condizente com o Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988.

Sobre os direitos do contribuinte dispõe o artigo 150 da Constituição Federal de 1988 prevê que,

sem prejuízo de outros direitos assegurados ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça; II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos; III - cobrar tributos: a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado, b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b, IV - utilizar tributo com efeito de confisco; V - estabelecer limitações ao tráfego de pessoas ou bens, por meio de tributos interestaduais ou intermunicipais, ressalvada a cobrança de pedágio pela utilização de vias conservadas pelo Poder Público; VI - instituir impostos sobre: [...] b) templos de qualquer culto; c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; d) livros, jornais periódicos e o papel destinado a sua impressão.

Observe-se que a violação a quaisquer dos direitos dos contribuintes previstos no artigo 150 da Constituição Federal de 1988, quando decorrer de origem comum e afetar aos indivíduos num nível socializado, possui relevância social e, por conseguinte, caráter indisponível capaz de legitimar o Ministério Público a propor ação civil pública para tutelá-los, independentemente, de haver cunho patrimonial.

Emerson Garcia destaca, ainda, que a celeuma em torno da vedação contida no parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347/85 é bipolar e deve ser analisada também sob o prisma da legalidade e moralidade dos atos da Administração Pública. Nesse ponto, também se percebe o caráter indisponível do bem jurídico que deve ser protegido pelo Ministério Público<sup>284</sup>.

---

<sup>284</sup> GARCIA, Emerson. *Da Legitimidade do Ministério Público para a defesa dos contribuintes*. Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, 2000, p.371/372.

Assim, sustenta o referido autor que

maculados os princípios basilares do Estado Social e Democrático de Direito, encontra-se o Ministério Público, por determinação constitucional, incumbido de defender o primado da ordem jurídica – a qual abrange os princípios constitucionais a que se encontra adstrita a Administração Pública – e os demais interesses sociais, aqui compreendido o direito subjetivo público de que sejam respeitados os direitos e garantias fundamentais assegurados pela Magna Carta, entendendo-se o princípio da legalidade tributária – arts. 5º, §2º; 150, I da CF/88 – como um dos mais expressivos postulados que embasam o estatuto jurídico do contribuinte, cujas linhas gerais encontram-se delineadas na própria Constituição, atuando como eficaz forma de limitação ao poder impositivo do Estado. Ainda sob a ótica do primado da ordem jurídica, estabelece o artigo 129, II da CR/88, com clareza solar, ser atribuição do Ministério Público zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Constituídos aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias às suas garantias, o que é consectário do próprio direito de acesso à Justiça (artigo XXXV da CR/88). A norma é dotada de total eficácia jurídica, devendo ser interpretada em busca de uma efetividade máxima. Desrespeitando a Administração Pública os princípios que norteiam seu obrar, está o Ministério Público legitimado a ajuizar todas as medidas cabíveis para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais, independentemente do *nomen iures* atribuído às mesmas (v.g.: ação civil pública, ação ordinária, ação cominatória, etc.). Neste diapasão, dispõe o artigo 80 da Lei 8.625/93 serem subsidiariamente aplicáveis ao Ministério Público dos Estados as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União, hodiernamente, a Lei Complementar 75/93; o art. 5º, II, “a” deste diploma legal, por sua vez, reza ser função institucional do Ministério Público promover ação civil pública para proteção dos direitos constitucionais – assim considerado o do contribuinte à observância do princípio da legalidade tributária.<sup>285</sup>

Além disso, razões de ordem processual retiram legitimidade do parágrafo único no artigo 1º da Lei 7.347/85. Isso porque, uma vez integrados com os dispositivos da Lei 7.347/85, os artigos 90 a 100 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor trazem todo um regramento específico que viabiliza perfeitamente a tutela coletiva de quaisquer interesses e direitos individuais homogêneos, procedimento esse distinto do que é aplicável aos interesses e direitos difusos e coletivos estrito senso.

---

<sup>285</sup> GARCIA, *Da legitimidade do Ministério Público...*, p. 371/372.

Teori Albino Zavascki ensina que os referidos dispositivos representam um procedimento especial de tutela coletiva com quatro características fundamentais, que foram moldadas a partir da própria natureza dos interesses e direitos individuais homogêneos<sup>286</sup>.

Segundo o referido autor, a primeira característica fundamental consiste na repartição da atividade cognitiva em duas fases: a inicial, que representa a ação coletiva propriamente dita, destinada ao juízo de cognição sobre as questões fáticas e jurídicas relacionadas com o núcleo de homogeneidade dos interesses e direitos tutelados; e a subsequente equivalente ao cumprimento ou execução de sentença, que se desdobra em uma ou mais ações, promovida em caso de procedência do pedido na ação coletiva<sup>287</sup>.

Essa última fase é destinada a complementar a atividade cognitiva mediante juízo específico sobre as situações individuais de cada um dos lesados e a efetivar os correspondentes atos executórios. Assim, para Teori Albino Zavascki, é essa repartição da cognição a nota mais importante a distinguir a ação coletiva do litisconsórcio ativo facultativo<sup>288</sup>.

A segunda característica é representada pela dupla forma de legitimação ativa, pois na fase inicial ela é necessariamente por substituição processual, sendo promovida por órgão ou entidade autorizado por lei para, em nome próprio, defender em juízo interesses e direitos individuais homogêneos alheios. Já na fase posterior, de cumprimento ou execução de sentença, a legitimação se dá em regra, pelo regime comum da representação ou legitimidade ordinária<sup>289</sup>, pois permite que cada um dos lesados promova de forma individual a execução da sentença proferida em processo coletivo, recebendo individualmente o seu bem da vida.

---

<sup>286</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais*. In: GRINOVER, et al (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto...*, p. 35/36.

<sup>287</sup> ZAVASCKI, *A reforma do processo...*, p. 34/35.

<sup>288</sup> *Ibid.*

<sup>289</sup> *Ibid.*

E para isso, surge a terceira característica que diz respeito à natureza da sentença coletiva. Essa deve ser sempre genérica, reconhecendo apenas a responsabilidade do réu pelos atos ilícitos perpetrados ou pelos danos causados a coletividade, assim como o seu dever de indenizar ou ressarcir, se for o caso, sem, contudo, especificar o montante que é devido a cada lesado. Se a demanda limita-se ao núcleo de homogeneidade<sup>290</sup> dos interesses e direitos individuais, a correspondente sentença de mérito também deverá ser restrita aos mesmos limites<sup>291</sup>.

Desse modo, Teori Albino Zavascki ensina que nas ações coletivas que visam a tutelar interesses e direitos individuais homogêneos, a sentença tem natureza peculiar, se comparada com a proferida nas ações civis públicas que visam a tutelar as demais espécies de interesses e direitos transindividuais.

Naquelas, a sentença confere tutela de conteúdo genérico, com juízo limitado ao âmbito da homogeneidade dos interesses e direitos objetos da demanda, relegando à outra sentença, na fase executória, a decisão referente às situações particulares de cada indivíduo lesado que compõe a coletividade<sup>292</sup>.

A quarta e última característica é a autonomia em relação à ação individual, que é representada pela faculdade atribuída ao titular do direito subjetivo de aderir ou não ao processo coletivo. Compreende-se nessa faculdade: a liberdade de litisconsorciar-se ou não ao substituto processual autor da ação coletiva; a liberdade de promover ou de prosseguir a ação individual simultânea à ação coletiva; e a liberdade de executar ou não em seu favor, a sentença de procedência resultante da ação coletiva<sup>293</sup>.

---

<sup>290</sup> Segundo Teori Albino Zavascki, o núcleo de homogeneidade dos interesses e direitos individuais homogêneos é formado por três elementos das normas jurídicas concretas neles subjacentes: os relacionados com a existência da obrigação; a natureza da prestação devida; e o sujeito passivo (ou sujeitos passivos) comum. *op. cit.*, p. 35.

<sup>291</sup> *Reforma do processo coletivo... In: GRINOVER, et al (Coord.). Direito Processual Coletivo...*, p. 35/36.

<sup>292</sup> ZAVASCKI. Teori Albino. *Processo Coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 65.

<sup>293</sup> *Ibid.*

Nesse sentido, em qualquer caso, a ação coletiva não inibe e nem prejudica a propositura da ação individual com o mesmo objeto. Optando por não litisconsorciar-se à ação coletiva, o autor individual ficará vinculado apenas ao resultado da sua própria demanda, ainda que o seu pedido seja julgado improcedente e o da ação coletiva procedente<sup>294</sup>, à semelhança do critério do *opt out* previsto para a *class action* norte-americana, conforme visto em capítulo antecedente.

Quanto aos demais titulares individuais que se vincularem à demanda, a sentença da ação coletiva fará coisa julgada *erga omnes* somente em caso de procedência do pedido<sup>295</sup>, que servirá de título executivo judicial hábil para a liquidação e, em seguida, para a atividade executória, sendo que essas serão desenvolvidas pelo procedimento comum do Código de Processo Civil e das leis processuais especiais, que são aplicáveis subsidiariamente ao processo coletivo<sup>296</sup>, em conformidade com a natureza da prestação devida<sup>297</sup>.

Contudo, caso o indivíduo lesado não tenha interesse em receber o bem da vida que a sentença coletiva poderá lhe conceder, basta que ele permaneça inerte e não promova a execução individual.

Com isso, percebe-se que a tutela coletiva realizada pelo Ministério Público não tem o condão de substituir a vontade dos indivíduos lesados, mas sim de preservar a ordem jurídica, o patrimônio público, a legalidade e a moralidade administrativa dos atos praticados pela Administração Pública, deixando ao arbítrio de cada um dispor ou não dos seus interesses e direitos de cunho individual e patrimonial.

---

<sup>294</sup> ZAVASCKI, *Processo Coletivo...*, p. 65.

<sup>295</sup> Os efeitos da coisa julgada nesse caso é *secundum eventum litis*, ou seja, a vinculação dos seus efeitos aos indivíduos que a ela aderiram, somente ocorre em caso de procedência do pedido na ação coletiva. Se o pedido for julgado improcedente, o indivíduo poderá propor ação individual sobre a mesma causa de pedir e pedido, sem que seja obstado com a ausência do pressuposto processual de validade extrínseco que é a existência de coisa julgada.

<sup>296</sup> Artigo 19 da Lei 7.347/85: “aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei. 5.869/73, naquilo em que não contrarie suas disposições.”

<sup>297</sup> ZAVASCKI, *Processo Coletivo...*, p. 65.

No que tange especificamente às ações civis públicas que versem sobre tributos, a fase inicial de cognição, em que se discutirá o abuso de poder, a ilegalidade ou a inconstitucionalidade da cobrança de determinado tributo, pode perfeitamente ter o Ministério Público como o substituto processual da coletividade lesada, órgão legitimado pelas Leis 7.347/85 e 8.078/90, para discutir a questão de direito posta em juízo.

Uma vez julgado procedente o pedido nessa ação coletiva, o Ministério Público terá cumprido com a sua função institucional de obrigar os Poderes Públicos, mormente o Poder Executivo, a zelarem pelo efetivo respeito aos direitos assegurados na Constituição Federal de 1988, nos termos do seu artigo 129, inciso II, sendo que cada contribuinte poderá, se for o caso e se assim desejar, ingressar em juízo individualmente e no foro do seu domicílio para pleitear a restituição das quantias pagas indevidamente, com fundamento no artigo 97 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, combinado com os artigos 475-E, 475-F, e 730, todos do Código de Processo Civil, que tratam, respectivamente, da liquidação por artigos<sup>298</sup> e da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública.

Nesse ponto, Ada Pellegrini Grinover esclarece que

a ação civil pública de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, como é notório, conduz a uma sentença condenatória genérica, que reconhece a responsabilidade do réu pelos danos causados e o condena a repará-los às vítimas ou a seus sucessores ainda não identificados (art. 95 do CDC). Segue-se uma liquidação da sentença, a título individual, em que caberá provar, aos que se habilitarem, o dano pessoal e o nexo de causalidade entre este e o dano geral reconhecido pela sentença, além de quantificar os prejuízos. Pense num pedido de restituição de um tributo inconstitucional a uma categoria de contribuintes [...]. Nesses casos, e em muitos outros, o reconhecimento do dano geral será extremamente útil e adequado para liquidações que demandarão prova bastante simples<sup>299</sup>.

---

<sup>298</sup> A liquidação deverá ser feita por artigos, porque haverá necessidade de se seguir o procedimento comum para que o autor comprove ser contribuinte do imposto a que se refere à sentença coletiva, bem como demonstrar o nexo de causalidade entre o ato perpetrado pela Administração Pública e o dano que lhe foi causado, devendo comprovar, ainda, o valor a ser restituído a título de indébito.

<sup>299</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da class action for damages à ação de classe brasileira*. In: MILARÉ, Edis (Coord). *Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p..

A referida autora prossegue esclarecendo que na liquidação dessa sentença é importante que o magistrado assegure os direitos e garantias processuais do réu – já que o artigo 475-F prevê expressamente que será observado, no que couber, o procedimento comum -, ressaltando que não há preclusão sobre as condições da ação ou sobre as garantias do devido processo legal, devendo ser analisadas a todo momento<sup>300</sup>.

Emerson Garcia elucida que

a pretensão que almeje a anulação do lançamento tributário realizado com fulcro em ato normativo inconstitucional, consoante nomenclatura utilizada pelo art. 81, II, da Lei 8.078/90, tem nítido caráter coletivo – metaindividual, de natureza indivisível, de que são titulares todos os contribuintes do tributo, os quais encontram-se vinculados ao sujeito ativo da obrigação tributária por relação jurídica instituída *ex vi legis*. Por outro lado, a pretensão de repetição do indébito tributário melhor se afeiçoará à sub-categoria dos direitos individuais homogêneos, sendo mais incisiva a determinabilidade e a individualidade dos beneficiários, os quais deverão posteriormente promover sua habilitação a título individual, procedendo à liquidação da sentença (art. 97 da Lei 8.078/90), provando o pagamento do débito tributário indevido e a relação existe entre este e o lançamento tributário anulado. Desta forma, pode-se constatar que a qualificação do interesse variará conforme a pretensão deduzida em juízo<sup>301</sup>.

E conclui o referido autor que isso não importará em qualquer mácula ao princípio da autonomia da vontade individual, pois, além de o Ministério Público atuar como substituto processual e não como representante do contribuinte, caberá a esse decidir se implementará as medidas necessárias à execução do julgado naquilo que somente a ele interessa, vislumbrando-se, nesse ponto, a parcela disponível de seu direito.

Por se tratar de execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, em regra, o procedimento que deve ser observado para pagamento do contribuinte é o precatório ou as requisições de pequeno valor, dependendo da quantia a ser restituída, nos moldes do artigo 100

---

<sup>300</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da class action for damages à ação de classe brasileira*. In: MILARÉ, Edis (Coord). *Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p..

<sup>301</sup> GARCIA, A *legitimidade do Ministério Público...*, p. 381.

da Constituição Federal de 1988 e artigo 87 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, respectivamente.

Contudo, cabe destacar que o contribuinte pode optar por receber, por meio de precatório ou por compensação, o indébito tributário certificado por sentença declaratória transitada em julgado, conforme dispõe o recente Enunciado 461 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

No que tange ao prazo prescricional para a execução individual de sentença coletiva, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firmado no sentido de que esse é quinquenal, contado a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória, por se tratar de ação regida, primariamente, pelo microsistema de tutela coletiva<sup>302</sup>.

Outra tese que não se sustenta mais é aquela no sentido de não ser possível discutir a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo em sede de ação civil pública. A fundamentação que se utiliza para defender essa posição tem por base o fato de que a sentença de mérito no processo coletivo faz coisa julgada *erga omnes* e, por conseguinte, usurparia a competência originária do Supremo Tribunal Federal para apreciar tal pedido em sede de ação direta de inconstitucionalidade.

O Plenário da Corte Suprema já pacificou o entendimento no sentido de que é legítima a utilização da ação civil pública como instrumento de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional não se identifique com o objeto único e principal da demanda, devendo consistir apenas em questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal<sup>303</sup>.

---

<sup>302</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Prescrição. Execução individual. Ação Coletiva. Recurso Especial 1.070.896-SC e 1.275.215-RS. Extraído de <http://www.stj.jus.br> Acesso em 20 out 2011.

<sup>303</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Recurso Extraordinário 424.993/DF. Extraído de <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28424993%2EENUME%2E+OU+424993%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos> Acesso em 09 jul 2011.

Ou seja, a decisão que considera inconstitucional uma lei ou ato normativo do Poder Público pela via concreta em sede de ação civil pública não tem o condão de impedir a sua aplicabilidade pelos demais operadores do direito e nem retirar ou suspender a sua eficácia do ordenamento jurídico, mas apenas serve de fundamentação para a sentença ou acórdão do juízo para obstar qualquer ilegalidade ou abuso de poder que esteja sendo cometido pelos Poderes Públicos e não há qualquer impedimento constitucional ou processual nesse sentido.

É importante destacar que não há, na ação civil pública, declaração de inconstitucionalidade com força de coisa julgada material e com eficácia *erga omnes*, sendo essa característica própria da ação direta de inconstitucionalidade. Na ação civil pública, a inconstitucionalidade, a ilegalidade ou a não recepção da norma é o fundamento para impedir, anular ou desconstituir atos, representando questão meramente prejudicial ao julgamento do mérito.

Se a coisa julgada material recai apenas sobre o pedido, e não sobre os fundamentos da sentença, a questão constitucional poderá voltar a ser discutida em outras ações com pedidos e/ou partes diversas, inclusive abstratamente em sede de ação direta de inconstitucionalidade, conforme preceitua o artigo 469 do Código de Processo Civil<sup>304</sup>.

A decisão sobre questão prejudicial somente faz coisa julgada material quando há ampliação do *thema decidendum*, objeto da ação declaratória incidental, nos moldes dos artigos 5º, 325 e 470<sup>305</sup> do Código de Processo Civil. Contudo, essa hipótese em sede de ação civil pública é incabível, em razão da semelhança quanto à imutabilidade *erga omnes* dos efeitos

---

<sup>304</sup> YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. *Ação Civil Pública: judicialização dos conflitos e redução da litigiosidade*. In: MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação Civil Pública após...*, p. 122.

<sup>305</sup> Art. 470. Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide. Extraído de: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>. Acesso em 31 mai 2011.

jurídico-declaratórios de uma ação direta de inconstitucionalidade julgada perante o Supremo Tribunal Federal<sup>306</sup>.

A par disso, uma vez que coexistem no ordenamento jurídico pátrio o controle concentrado e difuso de inconstitucionalidade, entende-se que é conveniente o “prévio amadurecimento” da controvérsia por meio do controle difuso exercido pelas instâncias inferiores, porque propicia o exame pelo Supremo Tribunal Federal de todos os argumentos a favor ou contra a constitucionalidade surgidos em debate judicial longo e intenso, evitando decisões precipitadas que levem em conta apenas os argumentos dos demandantes ou aqueles que os próprios Ministros possam cogitar quando do julgamento<sup>307</sup>.

Além disso, a distinção da função e dos efeitos que essas ações alcançam não permite que uma se sobreponha a outra. A ação direta de inconstitucionalidade consiste em tutela meramente declaratória, que atinge a eficácia da lei ou ato normativo abstratamente considerado, mas não constitui meio hábil para compelir aqueles que se recusam a observar, nos seus efeitos práticos, a declaração de inconstitucionalidade<sup>308</sup>.

A ação civil pública, distintamente, pressupõe e é voltada para a solução de litígios concretos coletivos *lato sensu*, perfeitamente tipificados e caracterizados nos seus elementos subjetivos e objetivos. Trata-se de litígios concretos de natureza transindividual a serem solucionados por meio de uma tutela condenatória, com traço de mandamentalidade, que assegura o cumprimento efetivo, pelos réus, das obrigações concretas de fazer e não fazer, que lhes forem impostas pela eventual condenação, sob pagamento de multa cominatória<sup>309</sup>.

---

<sup>306</sup> YOSHIDA, *op.cit.*, p. 122.

<sup>307</sup> YOSHIDA, *op.cit.*, p. 120.

<sup>308</sup> *Ibid.*, p. 124.

<sup>309</sup> *Ibid.*

Sendo esses os pedidos, sobre eles recairão a decisão e a coisa julgada material, que terá eficácia *erga omnes* no âmbito material, subjetivo e territorial da lide concreta deduzida em juízo<sup>310</sup>.

Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida salienta que

o julgamento de ação civil pública versando sobre litígios concretos coletivos *lato sensu*, com eficácia de coisa julgada material *erga omnes* é da competência funcional dos juízos de primeira instância, observadas as regras especiais de competência territorial (art. 14 da Lei 7.347/85 e art. 93 da Lei 8.078/90). Não se pode pretender deles subtrair tal competência absoluta sob alegação de que estariam usurpando competência funcional originária do Supremo Tribunal Federal, pois, como analisado, são inconfundíveis a abstração e declaratividade da ação direta, com a concretude e mandamentalidade da ação civil pública, afora a própria inexistência de coisa julgada material sobre a questão prejudicial da inconstitucionalidade na ação civil pública<sup>311</sup>.

Além de todos esses argumentos que demonstram não ser legítima a vedação contida no parágrafo único do artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública, outro aspecto importante deve ser observado.

De uma análise mais atenta desse dispositivo é possível concluir que o trecho “não será cabível ação civil pública que veicule pretensões que envolvam tributos” não informa que o Ministério Público não tem legitimidade para tutelar os interesses e direitos dos contribuintes.

A vedação contida no mencionado trecho do parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347/85 é no sentido de que a ação civil pública é considerada a via processual inadequada para se veicular pretensões que envolvam tributos.

Contudo, quando aquele trecho se soma à parte final do mesmo dispositivo, qual seja, “cujos beneficiários podem ser individualmente indeterminados”, surge a tese no sentido de que o

---

<sup>310</sup> YOSHIDA, *op.cit.*, p. 124

<sup>311</sup> *Ibid.*, p. 125.

Ministério Público não tem legitimidade para propor ação civil pública com o objetivo de tutelar interesses e direitos individuais homogêneos dos contribuintes.

Assim, percebe-se que há distorção nessa interpretação do dispositivo, uma vez que, da forma como está redigido o parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347/85, ao dispor que “não será cabível ação civil pública que veicule pretensões que envolvam tributos” o que se pode inferir *ipsis litteris* é que, nessas causas, o Ministério Público não teria interesse de agir, porque a via eleita não é considerada adequada pela lei. Contudo, pelo referido dispositivo legal, a legitimidade do *Parquet* para essa causa permanece intacta.

Ocorre que, mesmo assim, considerar a ação civil pública a via inadequada para tutelar os interesses e direitos individuais homogêneos dos contribuintes contraria a toda estrutura normativa e a ideologia já estabelecida pelo microssistema de tutela coletiva brasileiro, principalmente, após o advento do Código de Proteção e Defesa do Consumidor<sup>312</sup>.

Se o inciso III do parágrafo único do artigo 81 da Lei 8.078/90 combinado com o artigo 21 da Lei 7.347/85 permite a tutela coletiva de todos e quaisquer interesses e direitos individuais homogêneos, sendo que o Título III do Código de Proteção e Defesa do Consumidor prevê todos os mecanismos procedimentais necessários ao processamento dessa demanda, não há ausência de regramento processual que justifique considerar a ação civil pública a via inadequada para se tutelar os interesses e direitos dos contribuintes.

Além disso, essa previsão legal é inconstitucional, uma vez que o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal 1988 que veda a criação de lei que impeça a apreciação pelo Poder Judiciário de qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito<sup>313</sup>.

---

<sup>312</sup> Nesse sentido: GAVRONSKI, *op. cit.*, p. 29.

<sup>313</sup> Nesse sentido: MENDES, *O anteprojeto...*, p. 17.

Muito embora, o parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347/8 não esteja impedindo totalmente o acesso à Justiça pelos contribuintes – pois ainda lhes resta a via individual -, a vedação ali contida impede a tutela pela via coletiva dos seus interesses e direitos individuais homogêneos violados.

Sérgio Cruz Arenhart ressalta que o entendimento doutrinário no tocante à garantia prevista no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988 é no sentido de que essa norma não pode ser interpretada exclusivamente em seu sentido literal e que

ao contrário, revela a intenção de que se oferte, àquele que se diz titular de um direito, mecanismos adequados de proteção, ou seja, meios de tutela efetivamente predispostos e consentâneos para a realidade do direito material específico. Efetivamente, quando se diz que a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão ou a ameaça a lesão de direito, não se pode pretender interpretar esta regra da maneira simplista, com o sentido de que a vedação limita-se à previsão de regras que impeçam ao jurisdicionado, diretamente, queixar-se perante a Justiça brasileira. [...] Ora, se todos estes direitos são alcançados ao *status* constitucional, é necessário convir que o constituinte entendeu por bem dar-lhes proteção especial e não ordinária. Assim, além de impedir que o Estado crie óbices à tutela dos direitos reconhecidos, a garantia em comento exige a concepção de instrumentos hábeis a lidar, de maneira completa, com esses interesses<sup>314</sup>.

Hugo Nigro Mazzilli ressalta, ainda, que o preceituado no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 não se refere somente à lesão ou ameaça de lesão a direitos individuais, mas também aos coletivos, visto que de ambos cuida o *caput* do referido dispositivo constitucional<sup>315</sup>.

Noutra vertente, sobre o aspecto da legitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público no tema em comento, cabe ressaltar que o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal de 1988 prevê como uma de suas funções institucionais a instauração do inquérito civil e a promoção da

---

<sup>314</sup> ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia*. In: GRINOVER, *Direito processual coletivo...*, p. 221/222.

<sup>315</sup> MAZZILLI, *A defesa dos interesses difusos...*, p. 747.

ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

O fato do artigo 129, inciso III, da Constituição Federal de 1988 não fazer menção expressa aos interesses e direitos individuais homogêneos não induz à conclusão imediatista no sentido de que o rol ali previsto seja taxativo, limitando a legitimidade do Ministério Público somente à proteção daqueles bens jurídicos ou interesses.

Os dispositivos da Constituição Federal devem ser interpretados de maneira ampliativa, adaptando-se às necessidades reais e atuais da sociedade e não sob o enfoque literal e exclusivo da época em que foi elaborado.

Nesse ponto, Eros Roberto Grau ensina que

a aplicação do direito – e este ato supõe interpretação – não é mera dedução dele, mas, sim, processo de contínua adaptação de suas normas à realidade e seus conflitos. Da mesma forma, a ordem jurídica, no seu envolver em coerência com as necessidades reais, embora haja de respeitar a Constituição, não se resume a uma mera dedução dela. A Constituição é um dinamismo. É do presente, na vida real, que se tomam as forças que conferem vida ao direito – e à Constituição. Assim, o significado válido dos princípios é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente<sup>316</sup>.

E prossegue aduzindo que a interpretação e a aplicação do Direito expõem o enunciado semântico do texto no contexto histórico presente, não no contexto histórico da redação do texto e que, portanto, deve-se interpretar a Constituição Federal necessariamente vinculada à realidade do momento e não somente no seu texto formal<sup>317</sup>.

Nesse sentido, por razões cronológicas, os interesses e direitos individuais homogêneos não estão previstos no artigo 129, inciso III da Constituição Federal de 1988, pois foram

---

<sup>316</sup> GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 166.

<sup>317</sup> *Ibid.*

positivados no ordenamento jurídico pátrio com o advento do Código de Proteção e Defesa do Consumidor em 1990, ou seja, em momento posterior à vigência da atual Carta Magna.

Todavia, o fato de não estar expressamente consignado no artigo 129, inciso III da Constituição Federal de 1988, não significa que a proteção dos interesses e direitos individuais homogêneos por meio da propositura de ação civil pública não seja função institucional do Ministério Público, devendo o aplicador do Direito interpretar as normas constitucionais atinentes à tutela dos interesses e direitos transindividuais de modo ampliativo, conferindo proteção a todas as espécies do microsistema vigente.

Nesse ponto, torna-se importante mencionar o entendimento do Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 163.231/SP, cujo Relator foi o Ministro Maurício Corrêa. Ao dar interpretação conforme a constituição para o artigo 129, inciso III da Constituição Federal de 1988, ficou estabelecido que no gênero “interesses coletivos” ali previsto inclui-se a espécie interesses individuais homogêneos, reconhecendo-se, portanto, a legitimidade do Ministério Público para tutelá-los<sup>318</sup>.

Consta da ementa desse julgado que

quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas.

---

<sup>318</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 163.231/SP. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E HOMOGÊNEOS. MENSALIDADES ESCOLARES: CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO PARQUET PARA DISCUTI-LAS EM JUÍZO. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>. Acesso em 10 mai 2011.

Além disso, importa ressaltar que, a atuação institucional do Ministério Público também é garantida por diplomas legais infraconstitucionais, que visam a complementar o preceito normativo incutido no artigo 129, inciso III da Constituição Federal de 1988, sem que incorra em conflito.

A Lei Complementar 75/93, em seu artigo 6.º, inciso VII, alínea *d* e inciso XII, prevê expressamente que compete ao Ministério Público da União promover a ação civil pública para tutelar outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos.

A Lei 8.625/93 - Lei Orgânica Nacional do Ministério Público -, em seu artigo 25, autoriza o Ministério Público a figurar como titular da ação civil pública para a proteção de outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos.

Todavia, o principal diploma legislativo que atualmente confere legitimidade ao Ministério Público para a tutela coletiva dos interesses e direitos individuais homogêneos é a Lei 8.078/90 nos seus artigos 82, III e 81, parágrafo único, inciso III em que se configura de modo evidente a legitimidade do *Parquet* para tutelar coletivamente quaisquer interesses e direitos individuais homogêneos.

Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida sustenta que a legitimidade ativa *ad causam* e o interesse processual do Ministério Público para a propositura de ação civil pública que vise a tutelar interesses e direitos transindividuais devem ser aferidos em face de suas múltiplas funções institucionais, que podem concorrer numa mesma ação, sem contradição ou exclusão, figurando entre elas o *munus* de defender a ordem jurídica, bem como os interesses de relevância social, a teor do art. 127, *caput*, da Constituição Federal<sup>319</sup>.

E conclui a referida autora que

---

<sup>319</sup> YOSHIDA, *op. cit.*, p. 118.

sendo assim, merece melhor análise a posição que defende que, nas ações civis públicas ajuizadas em face do aumento inconstitucional, ilegal, abusivo de financiamento [...] ou mesmo de tributos, está em jogo a tutela de interesse individuais homogêneos. A legitimidade *ad causam* ativa e o interesse processual do Ministério Público nas situações mencionadas devem ser aferidos tendo em vista, concorrentemente, a função institucional de defesa dos relevantes interesses sociais tutelados e igualmente lesados ou ameaçados<sup>320</sup>.

Emerson Garcia ressalta que o artigo 5º, inciso II, alínea “a” da Lei Complementar 75/93 – Lei Orgânica do Ministério Público - dispõe ser função institucional do Ministério Público zelar pela observância dos princípios constitucionais relativos ao Sistema Tributário Nacional e às limitações ao poder de tributar.

O referido autor destaca, ainda, que aquele dispositivo é complementado pelo artigo 6º, inciso VII, alínea “a” do mesmo diploma legal, segundo o qual dispõe que compete ao Ministério Público promover a ação civil pública para proteção dos direitos constitucionais e, dentre eles, o direito do contribuinte quanto à observância do princípio da legalidade tributária<sup>321</sup>.

Pedro Elias Erthal Sanglard faz referência, ainda, à Constituição Estadual do Rio de Janeiro, que entrou em vigor em 1989, aproximadamente doze anos antes da vigência do parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347/85, e que ainda prevê em seu artigo 173, incisos II e III, como funções institucionais do *Parquet* fluminense zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta e na Constituição da República, promovendo as medidas necessárias, o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção, dentre outros bens jurídicos, expressamente o do contribuinte<sup>322</sup>.

Ou seja, diante de todo esse estudo, conclui-se que o Ministério Público é tutor natural dos interesses e direitos individuais homogêneos e sempre terá legitimidade para protegê-los de

---

<sup>320</sup> YOSHIDA, *op. cit.*, p. 118.

<sup>321</sup> GARCIA, *A legitimidade do Ministério Público...*, p. 372.

<sup>322</sup> SANGLARD, Pedro Elias Erthal. *A legitimidade do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro para propor ação civil pública em defesa do contribuinte*. Rio de Janeiro: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro n.º. 16, 2002, p. 153.

quaisquer violações, sendo a ação civil pública reconhecida pela Constituição Federal de 1988 como a via processual adequada para que o *Parquet* busque a tutela judicial coletiva, inclusive dos interesses e direitos individuais homogêneos dos contribuintes.

Portanto, não obstante o peso que recebe os argumentos que sustentam em sentido contrário, principalmente, por advirem de autores e doutrinadores renomados, o fato é que muitas interpretações destoam do que realmente está previsto no parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347/85.

E mesmo que a previsão expressa seja no sentido da ausência do interesse de agir do *Parquet*, porque o referido dispositivo considera a ação civil pública a via inadequada para a tutela daqueles interesses e direitos, essa norma viola o microssistema de tutela coletiva e a Constituição Federal de 1988 que garantem e tornam perfeitamente viável a utilização dessa ação coletiva para aquele fim.

Na verdade, o que suporta a vigência do parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347/85 no ordenamento jurídico brasileiro são razões eminentemente de política pública que se distanciam dos interesses da sociedade ao considerarem que as demandas coletivas propostas pelo Ministério Público para defender a higidez e a moralidade na arrecadação de tributos sejam desprovidas de interesse de agir ou de legitimidade<sup>323</sup>.

Hugo Nigro Mazzilli, ao comentar a vedação contida no parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347/85 elucida que

é como se o governante dissesse assim: como a Constituição e as leis instituíram um sistema para a defesa coletiva de direitos, e como esse sistema pode ser usado contra o governo, então impeço o funcionamento do sistema para não ser acionado em ações coletivas, onde posso perder tudo de uma só vez. Sim, o fundamento é esse, pois, se, em vez da ação coletiva tiver de ser usada a ação individual, cada lesado terá de contratar individualmente um advogado para lutar em juízo. Em caso de danos dispersos na

---

<sup>323</sup> Nesse sentido, RODRIGUES, *Ação Civil Pública*. In: MILARÉ, (Coord.) *A Ação Civil Pública após...*, p. 341.

coletividade, isso só será bom para o causador do dano, nunca para os lesados, já que, na prática, a grande maioria dos lesados não buscará acesso individual à jurisdição, diante das enormes dificuldades práticas supervenientes (honorários de advogados, despesas processuais, demora, pequeno valor do dano individual, decisões contraditórias, etc.). [...] É exatamente com isso que contam os governantes: como nem todos os indivíduos vão à Justiça (na verdade, ao contrário, pouquíssimos é que o fazem), passa a ser um bom negócio causar lesões a interesses transindividuais, e, ao mesmo tempo, proibir o uso de ações coletivas, contando, não raro, com a conivência, o endosso ou a complacência dos tribunais<sup>324</sup>.

Observe-se que somente satisfaz aos interesses arrecadatários da Administração Pública restringir a tutela dos interesses e direitos dos contribuintes à ação individual, impedindo que o Ministério Público, órgão atuante cotidianamente na defesa dos interesses sociais, atue visando a combater as arbitrariedades, ilegalidades e inconstitucionalidades cometidas pelo Poder Público na arrecadação de tributos.

E isso se torna ainda mais evidente, quando se constata que o parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347/85 foi inserido por medida provisória que, após sucessivas reedições, permanece em vigor até hoje, em razão do artigo 2º da Emenda Constitucional 32/2001, conforme será analisado adiante.

#### 4.1. A inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347/85.

Em 01 de junho de 2000 foi editada a Medida Provisória 1.984-18/2000 que, por meio do seu artigo 6º, inseriu o parágrafo único ao artigo 1º da Lei da Ação Civil Pública com a seguinte redação:

não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou

---

<sup>324</sup> MAZZILLI, *A defesa dos interesses difusos...*, p. 743/744.

outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados<sup>325</sup>.

Esse acréscimo legislativo significou a consolidação de um grande obstáculo à tutela coletiva no Brasil, que já encontrava empecilhos em razão de alguns posicionamentos jurisprudenciais naquele sentido, mas que, até a vigência do parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347/85, ainda existia maior espaço para ações judiciais sobre essa questão.

Após a edição da Medida Provisória 1.984-18/2000, outras foram editadas com o objetivo de manter o parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347/85 em vigor, até que houvesse apreciação pelo Congresso Nacional sobre essa matéria. A última editada com esse fim foi a Medida Provisória 2.180-35/2000<sup>326</sup> e que permanece em vigor até hoje em razão do artigo 2º da Emenda Constitucional 32/2001.

Para que se possa compreender como foi possível se valer desses mecanismos legislativos, torna-se importante elucidar o contexto constitucional e processual legislativo em que todas essas medidas provisórias foram editadas.

Naquela época, o artigo 62 da Constituição Federal de 1988<sup>327</sup> ainda se encontrava em seu texto original, o qual apenas exigia como requisito para a edição de medida provisória a relevância e urgência do caso<sup>328</sup>. Ou seja, ainda não havia qualquer restrição constitucional acerca de quais matérias a medida provisória não poderia tratar.

Contudo, desde o ano de 1997 já se encontrava em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Emenda Constitucional 472 que, além de outros objetivos, visava, justamente, a

---

<sup>325</sup> BRASIL. Dataprev. Medida Provisória nº. 1.984-18/2000. Extraído de:

<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/45/2000/1984-18.htm> Acesso em 11 jan 2012.

<sup>326</sup> BRASIL. Presidência da República. Medida Provisória nº. 2.180-35/2001. Extraído de: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/mpv/2180-35.htm>. Acesso em: 26 jan 2011.

<sup>327</sup> Dispõe sobre a edição de medida provisória pelo Presidente da República.

<sup>328</sup> BRASIL. Presidência da República. Constituição Federal de 1988. Artigo 62. Redação anterior à entrada em vigor da Emenda Constitucional nº. 32/2001. Extraído de: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 26 jan 2011.

acrescentar doze parágrafos ao artigo 62 da Constituição Federal de 1988 para instituir uma série de restrições à edição de medida provisória pelo Presidente da República.

Dentre as previsões contidas no Projeto de Emenda Constitucional 472, estava a inserção do §1º ao artigo 62 da Constituição Federal de 1988 elencando todas as matérias que, a partir da sua vigência, não poderiam mais ser tratadas em sede de medida provisória, sendo que uma delas era o Direito Processual Civil.

No entanto, cabe ressaltar que o referido projeto veio a se tornar a Emenda Constitucional 32 em 12 de setembro de 2001, poucos dias após a entrada em vigor da Medida Provisória 2.180-35/2001.

Ou seja, a Medida Provisória 2.180-35/2001 e todas suas edições anteriores foram editadas num momento em que, constitucionalmente, ainda era possível tratar sobre Direito Processual Civil nessa espécie de legislação.

Além disso, a Medida Provisória 2.180-35/2001 permanece vigendo, sem a necessidade de reedições, porque o artigo 2º da Emenda Constitucional 32/2001 expressamente dispõe que *as medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional*<sup>329</sup>.

Ao se considerar que ainda não houve edição posterior de medida provisória que a revogasse e nem a deliberação definitiva pelo Congresso Nacional acerca desse assunto, a Medida Provisória 2.180-35/2001 permanece em vigor desde a data de sua publicação em 27 de agosto de 2001, produzindo efeitos há mais de dez anos e, por conseguinte, o parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347/85 também continua sendo aplicável.

---

<sup>329</sup> BRASIL. Presidência da República. Emenda Constitucional nº. 32/2001. Artigo 2º. Extraído de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc32.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc32.htm). Acesso em: 04 fev 2011.

Inobstante o fato de não ser possível o reconhecimento da sua inconstitucionalidade formal superveniente, é perfeitamente questionável a constitucionalidade da Medida Provisória 2.180-35/2001 no que tange aos requisitos da relevância e urgência sobre a matéria.

E isso porque, a relevância e a urgência da situação a que se visa regular são os fundamentos para a edição de uma medida provisória e, por essa razão, sempre estiveram presentes no artigo 62 da Constituição Federal de 1988. É com base nesses dois requisitos que o ordenamento jurídico constitucional autoriza o Presidente da República a editar, em caráter excepcional, um ato normativo com força de lei, sem a prévia apreciação do Congresso Nacional.

A medida provisória somente deve ser utilizada nas situações em que se verifique a possibilidade de ocorrer prejuízo à realidade social. Nesse caso é inviável aguardar todo o trâmite de um processo legislativo perante o Congresso Nacional para que sejam estabelecidas normas que visem a regular situações relevantes e urgentes.

No entanto, justamente por se tratar de uma medida excepcional e unilateral do Chefe do Poder Executivo, o seu período com força de lei deve ser curto e necessário apenas para evitar danos sociais e instar o Congresso Nacional a apreciar a matéria ali tratada com celeridade, convertendo-a imediatamente em lei, se assim entender.

Gilmar Ferreira Mendes, nesse mesmo sentido, aduz que as medidas provisórias ostentam nítida feição cautelar e concitam o Congresso Nacional a deliberar imediatamente sobre a necessidade de converter em norma certo trecho da realidade social, mas sublinha que elas não se confundem com meros projetos de lei, pois, uma vez editadas, já produzem efeitos de norma vinculante<sup>330</sup>.

Todavia, para ser legitimada juridicamente, a medida provisória depende da estrita observância dos pressupostos constitucionais de relevância e urgência, porque eles são a própria

---

<sup>330</sup> MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 884.

estrutura constitucional que disciplina as medidas provisórias. Trata-se de condições legitimadoras e juridicamente vinculantes ao exercício, pelo Chefe do Poder Executivo, da competência normativa primária que lhe foi outorgada, extraordinariamente, pela Constituição da República de 1988<sup>331</sup>.

O ex Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, já teve a oportunidade de sustentar que

a possibilidade de controle jurisdicional, mesmo sendo excepcional, apóia-se na necessidade de impedir que o Presidente da República, ao editar medidas provisórias, incida em excesso de poder ou em situação de manifesto abuso institucional, pois o sistema de limitação de poderes não permite que práticas governamentais abusivas venham a prevalecer sobre os postulados constitucionais que informam a concepção democrática de Poder e de Estado, especialmente naquelas hipóteses em que se registrar o exercício anômalo e arbitrário das funções estatais. [...] A crescente apropriação institucional do poder de legislar, por parte dos sucessivos Presidentes da República, tem despertado graves preocupações de ordem jurídica, em razão do fato de a utilização excessiva das medidas provisórias causar profundas distorções que se projetam no plano das relações políticas entre os Poderes Executivo e Legislativo. Nada pode justificar a utilização abusiva de medidas provisórias, sob pena de o Executivo - quando ausentes razões constitucionais de urgência, necessidade e relevância material, investir-se, ilegitimamente, na mais relevante função institucional que pertence ao Congresso Nacional, vindo a converter-se, no âmbito da comunidade estatal, em instância hegemônica de poder, afetando, desse modo, com grave prejuízo para o regime das liberdades públicas e sérios reflexos sobre o sistema de *checks and balances*, a relação de equilíbrio que necessariamente deve existir entre os Poderes da República. Cabe, ao Poder Judiciário, no desempenho das funções que lhe são inerentes, impedir que o exercício compulsivo da competência extraordinária de editar medida provisória culmine por introduzir, no processo institucional brasileiro, em matéria legislativa, verdadeiro cesarismo governamental, provocando, assim, graves distorções no modelo político e gerando sérias disfunções comprometedoras da integridade do princípio constitucional da separação de poderes<sup>332</sup>.

Na concepção de Clèmerson Merlin Clève possui relevância tudo aquilo que é importante, proeminente, essencial, exigível, fundamental ou indispensável e, no que tange às medidas

<sup>331</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo de Jurisprudência nº. 301. ADI 2.213. Medida Provisória. Urgência e relevância. Invasão de Terras, Reforma Agrária e Movimentos Sociais Organizados. Extraído de: [http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo301.htm#Invas%20de%20Terras,%20Reforma%20Agr%20e%20Movimentos%20Sociais%20Organizados%20\(Transcri%20E7%20F5es\)](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo301.htm#Invas%20de%20Terras,%20Reforma%20Agr%20e%20Movimentos%20Sociais%20Organizados%20(Transcri%20E7%20F5es)).

<sup>332</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo de Jurisprudência nº. 301. ADI 2.213. Medida Provisória. Urgência e relevância. Invasão de Terras, Reforma Agrária e Movimentos Sociais Organizados. Extraído de: [http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo301.htm#Invas%20de%20Terras,%20Reforma%20Agr%20e%20Movimentos%20Sociais%20Organizados%20\(Transcri%20E7%20F5es\)](http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo301.htm#Invas%20de%20Terras,%20Reforma%20Agr%20e%20Movimentos%20Sociais%20Organizados%20(Transcri%20E7%20F5es))

provisórias, a relevância demandante de sua adoção não comporta satisfação de interesses outros que não os da sociedade. Segundo o autor, a relevância há, portanto, de vincular-se unicamente à realização de um interesse público primário ou relevante interesse social<sup>333</sup>.

Nesse sentido, é imperioso concluir que não é apenas a matéria tratada em sede de medida provisória que deve ser relevante, mas, acima de tudo, a situação ensejadora da medida provisória deve caracterizar-se como um estado de necessidade<sup>334</sup>.

Além disso, a relevância autorizadora da deflagração da competência normativa unilateral do Presidente da República não se confunde com a competência ordinária que desafia o processo legislativo comum. Trata-se aquela, antes, de relevância extraordinária, excepcional, especialmente qualificada, contaminada pela contingência, acidentalidade, imprevisibilidade.

Wadih Damous e Flávio Dino sublinham, ainda, que o conceito de relevância, para fins de edição de medidas provisórias, deve ser construído considerando-se a noção de urgência, porque as matérias tratadas por legislação ordinária também são relevantes, mas não surgem em razão de uma situação excepcional que demande urgência<sup>335</sup>.

Esses autores sustentam que urgente é algo que deve ser feito de imediato, sob pena de ocorrência de dano irreparável ou de difícil reparação e que a noção de urgência não pode encerrar-se na atividade discricionária do Presidente da República<sup>336</sup>.

Nesse sentido, aduzem que é inaceitável a idéia de que o pressuposto da urgência seja tão somente um produto da avaliação subjetiva do chefe do Poder Executivo, a partir de relações internas de seu psiquismo. Para os referidos autores a urgência que fundamenta a edição da

---

<sup>333</sup> CLÉVE, Clémerson Merlin. *Medidas Provisórias*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 89.

<sup>334</sup> *Ibid.*, p. 89/92.

<sup>335</sup> DAMOUS, Wadih e DINO, Flávio. *Medidas provisórias no Brasil: origem, evolução e novo regime constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p.102/103.

<sup>336</sup> *Ibid.*, p.102/103.

medida provisória há de ser gerada por acontecimentos sucedidos no plano da realidade que exijam do Presidente da República a pronta ação normativa para enfrentá-los<sup>337</sup>.

Ademais, ressaltam, ainda, os referidos autores que

a lentidão dos trabalhos dos parlamentares não deve servir de justificativa, como se pressuposto fosse, para a edição de medidas provisórias. O Parlamento se caracteriza por ser um centro de debates, onde as proposições e projetos de lei são objeto de discussões que obedecem a um determinado rito procedimental. Emitir medidas provisórias com base na morosidade parlamentar constituiria um atentado às prerrogativas do Congresso, que não está obrigado a aumentar ou diminuir o ritmo de suas atividades – que não se resumem a feitura de leis – por conta da unilateral visão política do Poder Executivo. Não é demais repetir: as urgências legislativas já dispõem de tratamento apropriado na Constituição, para contornar, se necessário, os obstáculos a uma pronta ação legislativa<sup>338</sup>.

Assim sendo, à noção de urgência deve-se agregar a idéia de extraordinariedade para que o Presidente da República esteja habilitado a editar medidas provisórias tão somente em casos de relevância para a proteção dos interesses sociais.

Por esse viés, entende-se que há matérias que são ontologicamente incompatíveis com a normatização por medida provisória, tendo em vista não compadecerem da noção de urgência para fins de edição desses atos normativos. E esse posicionamento está subjacente a uma das limitações materiais eleitas pelo constituinte derivado, ao editar a Emenda Constitucional 32/2001, qual seja, a que veda a edição de medida provisória que verse sobre Direito Processual Civil<sup>339</sup>.

Portanto, observe-se que a inserção do parágrafo único no artigo 1º da Lei 7.347/85 não teve por fundamento algum fato ou situação de relevância e urgência que representasse ameaça de dano para a realidade social capaz de legitimar o contemporâneo Presidente da República a editar a Medida Provisória 1.984-18/2000 e as subseqüentes.

---

<sup>337</sup> DAMOUS, *op. cit.*, p. 102/103

<sup>338</sup> *Ibid.*

<sup>339</sup> *Ibid.*, p. 100.

Tal medida somente teve relevância e urgência para os interesses secundários da Administração Pública em todas as esferas que, desde então, se beneficiam com a obstrução legal de acesso coletivo ao Poder Judiciário para discutir questões que versem sobre tributos.

Portanto, apesar de a Emenda Constitucional 32/2001 sustentar a vigência da Medida Provisória 2.180-35/2001, assim como de todas as suas edições anteriores, essa deve ser considerada inconstitucional por carecer dos requisitos constitucionais essenciais da relevância e urgência quando da sua edição<sup>340</sup>.

4.2. A legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública com o objetivo de anular TARE – Termo de Acordo de Regime Especial.

Em 17 de junho de 1999, o contemporâneo Governador do Distrito Federal editou o Decreto 20.322/99 com o objetivo de regulamentar a Lei Distrital 2.381/1999 que estabelecia regime especial de apuração do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre a Prestação de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS para o segmento atacadista e distribuidor<sup>341</sup>.

Segundo o artigo 1º do referido decreto, uma vez celebrado o Termo de Acordo de Regime Especial – TARE - entre sociedade empresária atacadista ou distribuidora e o Distrito

---

<sup>340</sup> Cabe ressaltar que, o parágrafo 5º do novo artigo 62 da Constituição Federal de 1988 prevê que a deliberação de cada uma das casas do Congresso Nacional sobre o mérito das medidas provisórias dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais – leia-se a relevância e a urgência.

<sup>341</sup> O Decreto nº 20.322/99 teve como fundamento legal a Lei Distrital nº 2.381/99 que alterou o artigo 37 da Lei Distrital nº 1.254/96 (Regulamento do ICMS no Distrito Federal) dando-lhe a seguinte nova redação: “Art. 37. (...) II – facultar ao contribuinte a opção pelo abatimento a título de montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores mediante: a) percentagem fixa sobre o montante das operações e prestações de entradas de mercadorias ou serviços com incidência do imposto; b) percentagem fixa sobre o montante das operações e prestações de saídas de mercadorias ou serviços com incidência do imposto. (...)”

§3º Em substituição às sistemáticas previstas no inciso II, o montante do imposto devido poderá ser determinado mediante a aplicação de percentual fixo sobre a receita bruta auferida.” Extraído de: <http://www.cl.df.gov.br/Legislacao/consultaTextoLeiParaNormaJuridicaNJUR2476!buscarTextoLeiParaNormaJuridicaNJUR.action>. Acesso em: 19 abr 2011.

Federal, aquela estava autorizada a deduzir do valor global do ICMS que incidiria sobre a mercadoria ou produto final, um valor fictício calculado com base na aplicação de determinada alíquota especificada no decreto sobre o valor final da mercadoria ou serviço.

Desse modo, a sociedade deveria desconsiderar, para fins de creditamento do imposto, o valor realmente recolhido pelo outro contribuinte na operação anterior e considerar na escrituração do ICMS esse valor fictício previsto no decreto.

Muito embora o regime de compensação de créditos tributários seja permitido pela Constituição Federal de 1988, o seu artigo 155, §2º, I prevê o seguinte: “*o ICMS será não-cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores*”<sup>342</sup>.

A não cumulatividade característica do ICMS garante que em cada operação ou prestação o contribuinte terá o direito de abater os valores realmente cobrados e pagos nas operações ou prestações anteriores, com o objetivo de evitar um *bis in idem* na tributação<sup>343</sup>.

No entanto, o que prevê o Decreto 20.322/99 é um regime diferenciado de compensação do ICMS daquele previsto no referido dispositivo da Constituição Federal de 1988, pois na legislação distrital estava sendo autorizado a determinados contribuintes o creditamento de um valor fictício e superior ao que realmente havia sido recolhido nas operações anteriores, configurando, assim, um benefício fiscal camuflado, com a conseqüente redução no valor de ICMS a ser recolhido pelas sociedades empresárias signatárias do TARE.

Além da edição do referido decreto pelo Poder Executivo, a Secretaria de Fazenda do Distrito Federal, deixando de observar os parâmetros fixados no próprio Decreto 20.322/99, editou a Portaria 292/1999 estabelecendo, *manu militare*, percentuais fixos de crédito para vários

---

<sup>342</sup> BRASIL. Presidência da República. Constituição Federal de 1988. Artigo 155, §2º, inciso I. Extraído de: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 19 abr 2011.

<sup>343</sup> CARRAZZA, Roque Antonio. *ICMS*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 341.

produtos ali enumerados, tanto em relação às saídas internas quanto às interestaduais, o que deixou ainda mais evidente a redução do valor que deveria ser recolhido a título de ICMS.

Diante disso, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios ajuizou numerosas ações civis públicas em face do Distrito Federal e das sociedades empresárias signatárias que aderiram ao regime especial de apuração de ICMS, objetivando a anulação do Termo de Acordo de Regime Especial - TARE firmado entre os réus e, por conseguinte, a decretação da ineficácia do crédito fiscal, com a condenação das sociedades empresárias beneficiárias ao pagamento do imposto não recolhido, acrescido de juros e correção monetária.

As razões jurídicas sustentadas pelo *Parquet* distrital foram: o TARE autorizava a apuração do ICMS com a aplicação de alíquotas que permitiam abater do montante final devido a título de ICMS valor maior do que o realmente recolhido em cada operação anterior na cadeia de circulação de mercadorias, fazendo com que a sociedade empresária recolhesse ao Fisco valor menor do que era realmente devido, acarretando prejuízos ao erário e ao patrimônio público.

Além disso, alegou que o Decreto 20.322/1999 editado pelo Distrito Federal invadiu matéria reservada à lei complementar; descumpriu o disposto no artigo 36, §1º da Lei Complementar Federal 87/96 e nos artigos 37 e 38 da Lei Distrital 1.254/96, porque não teria procedido à apuração do imposto devido, com base na escrituração regular do contribuinte, apurando eventuais diferenças positivas ou negativas para o efeito de pagamento ou compensação; e, por fim, assinalou que os Termos de Ajuste de Regime Especial causaram um prejuízo mensal ao Distrito Federal, em termos percentuais que variam entre 2,5% (dois e meio

por cento) a 4% (quatro por cento), nas saídas interestaduais e de 1% (um por cento) a 4,5% (quatro e meio por cento) nas saídas internas do ICMS devido<sup>344</sup>.

O Distrito Federal, em sua defesa, argüiu a ilegitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública sobre matéria tributária, bem como a inadequação da via eleita. No mérito, sustentou a inexistência de qualquer lesão ao patrimônio público do ente distrital, assim como aduziu que o TARE não representava qualquer concessão de benefício fiscal, razão pela qual não teria havido qualquer prejuízo ao erário em razão dele.

Aduziu, ainda, que por causa do TARE, novas empresas estavam se instalando na Capital do país, gerando empregos, incrementando a economia local e aumentando a arrecadação tributária, motivo pelo qual o regime especial de recolhimento do tributo em questão estava sendo uma realidade irreversível para essa região.

Após muito debate sobre o tema em todas as instâncias ordinárias, em 03 de abril de 2008, a questão da legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública em comento chegou ao Supremo Tribunal Federal por intermédio do Recurso Extraordinário 576.155/DF, que reconheceu a repercussão geral da matéria e afetou a apreciação do tema ao Plenário como questão de ordem.<sup>345</sup>

Após longos debates e interrupções no julgamento com pedidos de vista, em 12 de agosto de 2010, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria<sup>346</sup> e nos termos do voto do Ministro Relator, deu provimento ao Recurso Extraordinário 576.155/DF, reconhecendo a legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública com o objetivo de

---

<sup>344</sup> Dados extraídos da página 04 do acórdão do RE 576.155/DF julgado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal encontrado no endereço eletrônico: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618222>. Acesso em 19 abr 2011.

<sup>345</sup> *Ibid.*

<sup>346</sup> Ficaram vencidos os Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Eros Grau e Gilmar Mendes.

anular Termo de Acordo de Regime Especial – TARE, ficando consignado na ementa do acórdão que

o TARE não diz respeito apenas a interesses individuais, mas alcança interesses metaindividuais, pois o ajuste pode, em tese, ser lesivo ao patrimônio público. II - A Constituição Federal estabeleceu, no art. 129, III, que é função institucional do Ministério Público, dentre outras, “promover o inquérito e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. Precedentes. III - O Parquet tem legitimidade para propor ação civil pública com o objetivo de anular Termo de Acordo de Regime Especial - TARE, em face da legitimação *ad causam* que o texto constitucional lhe confere para defender o erário. IV - Não se aplica à hipótese o parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347/1985. V - Recurso extraordinário provido para que o TJ/DF decida a questão de fundo proposta na ação civil pública conforme entender<sup>347</sup>.

O Ministro Relator, Ricardo Lewandowski, votou no sentido de dar provimento ao Recurso Extraordinário em comento, sob o fundamento de que o Ministério Público não ajuizou ação civil pública para defender interesse e direito de determinado contribuinte, mas para tutelar o interesse mais amplo de todos os cidadãos do Distrito Federal, no que concerne à integridade do erário e à higidez do processo de arrecadação tributária que, a seu ver, apresenta natureza manifestamente transindividual<sup>348</sup>.

Fundamentou, ainda, que ao buscar discutir em juízo a ilegalidade do acordo que concede regime tributário especial à determinada empresa e questionar a omissão do Subsecretário da Receita do Distrito Federal no que pertence à apuração do imposto devido a partir do exame da escrituração do contribuinte beneficiado, o Ministério Público agiu em defesa do patrimônio público, na forma preconizada pelo artigo 129, inciso III, da Constituição Federal de 1988<sup>349</sup>.

<sup>347</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 576.155/DF. Termo de Ajusto de Regime Especial – TARE. Ação Civil Pública. Ministério Público. Legitimidade *ad causam*. Acesso em 19 abr 2011. Extraído de: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28576155%2ENOME%2E+OU+576155%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>.

<sup>348</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 576.155/DF. Acórdão. Voto do Relator, p. 06. Acesso em 19 abr 2011. Extraído de: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618222>.

<sup>349</sup> *Ibid.*

No que tange aos fundamentos apresentados pelo Ministro Relator, cabe ressaltar que, apesar da alternância dos vocábulos *erário* e *patrimônio público* constantes no texto do seu voto, ora se referindo a um, ora se referindo a outro, como sendo o bem jurídico a ser tutelado na ação civil pública em comento, não há qualquer contradição capaz de macular o julgado.

E isso porque, o patrimônio público é composto pelos bens materiais e imateriais pertencentes primariamente à sociedade e secundariamente à administração pública. O §1º do artigo 1º da Lei 4.717/65, Lei da Ação Popular, define como sendo patrimônio público os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.

O termo *erário* significa tesouro público, finanças públicas, dinheiro público, consistindo, portanto, em um dos bens que compõe o patrimônio público, mais especificamente pertencente à categoria daqueles dotados de valor econômico.

A Lei 8.429/1992<sup>350</sup>, que trata dos atos de improbidade administrativa e suas sanções, faz alusão alternada a esses dois bens jurídicos, relacionando-os da seguinte maneira, por exemplo: em seu artigo 7º dispõe que quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado; logo a seguir, no Capítulo II, que trata das espécies de atos de improbidade administrativa, elenca no artigo 10 aqueles que especificamente causam prejuízo ao erário.

Seguindo essa linha de raciocínio, ao lesar o erário, lesa-se reflexamente o patrimônio público e, portanto, não há, como se poderia pensar, qualquer incongruência jurídica no texto do voto proferido pelo Excelentíssimo Ministro Ricardo Lewandowski.

Nesse mesmo sentido sustenta Emerson Garcia que

---

<sup>350</sup> BRASIL. Presidência da República. Lei Ordinária 8.429 de 1992. Lei de Improbidade Administrativa. Extraído de: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm). Acesso em 25 abr 2011.

em rigor técnico, erário e patrimônio público não designam objetos idênticos, sendo este mais amplo do que aquele, abrangendo-o. Entende-se por erário o conjunto de bens e interesses de natureza econômico-financeira pertencentes ao Poder Público (rectius: União, Estados, Distrito Federal, Municípios, entidades da administração indireta e demais destinatários do dinheiro público previstos no art. 1º da Lei nº 8.429/1992). Patrimônio público, por sua vez, é o conjunto de bens e interesses de natureza moral, econômica, estética, artística, histórica, ambiental e turística pertencentes ao Poder Público, conceito este extraído do art. 1º da Lei nº 8.249/1992 e da dogmática contemporânea, que identifica a existência de um patrimônio moral do Poder Público<sup>351</sup>.

Em sequência, o Ministro Joaquim Barbosa também votou no sentido de dar provimento ao recurso. Contudo, fundamentou seu voto em outro sentido, aduzindo que o objeto do Recurso Extraordinário 576.155/DF não tem como cerne o exame da legitimidade do Ministério Público para a propositura de ação civil pública que verse sobre matéria tributária, mas sim, que verse sobre a violação do pacto federativo em dúplice manifestação: a necessidade de respeito à gestão financeira responsável e a observância das normas que garantem a harmonia entre entes federados<sup>352</sup>.

Na visão do referido Ministro, o respeito à gestão financeira responsável e à observância das normas que garantem a harmonia entre entes federados – para evitar a guerra fiscal - são interesses sociais indisponíveis e, portanto, transindividuais, pois a falta de equilíbrio entre receitas e despesas afeta, indistintamente, a toda coletividade, sendo que a inconsistência nas relações entre os entes federados induz ao enfraquecimento da unidade nacional para todos os

---

<sup>351</sup> GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 6 ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011, p. 309/310.

<sup>352</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 576.155/DF. Acórdão. Voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 52. Extraído de: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618222>. Acesso em 20 abr 2011.

jurisdicionados. Ou seja, a celebração do TARE naqueles moldes põe em risco a República e a Federação<sup>353</sup>.

Assim, o Ministro Joaquim Barbosa conclui que

a ação civil pública em exame não discute a validade de relação jurídica tributária do ponto de vista da proteção patrimonial do contribuinte. Também não se apresenta como sucedâneo de mecanismo de controle abstrato de constitucionalidade de norma tributária geral e abstrata. O que se discute, e isto não é objeto deste recurso extraordinário, é se a criação das normas individuais e abstratas que criam regime diferenciado de apuração do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços - ICMS causam lesão ao erário, ao violarem da LC 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), a regra da legalidade (art. 146, III, a e 155, XII, c da Constituição) ou algumas das restrições relativas à autorização para concessão de benefícios fiscais (art. 155, §2º, XII, g da Constituição). Todos esses mecanismos estão contextualizados na salvaguarda do pacto federativo e não do interesse patrimonial individual de cada contribuinte (cf., e.g., fls. 11). Ademais, o exame da validade constitucional do TARE é incidental ao objeto da ação civil pública, que é sanar suposto vilipêndio do erário público<sup>354</sup>.

Nesse ponto, Emerson Garcia ressalta que, em consonância com a realidade do país, a Lei de Responsabilidade Fiscal foi editada justamente para conter essa “guerra fiscal”, em que alguns entes da Federação, sob o argumento de incentivar a realização de investimentos em sua região, concedem benefícios e incentivos de forma indiscriminada, renunciando a recursos que desempenhariam relevante papel na consecução do interesse público<sup>355</sup>.

Destaca, o referido autor que, o artigo 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal condiciona a concessão ou a ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária, com a correlata renúncia de receita, observadas as exceções do seu parágrafo terceiro, à: apresentação de estimativa do impacto orçamentário-financeiro; estar em harmonia com o disposto na Lei de Diretrizes Orçamentárias; e a demonstração de que a renúncia não comprometerá as metas de resultados fiscais previstas na Lei de Diretrizes Orçamentárias ou que haverá algum tipo de

<sup>353</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 576.155/DF. Acórdão. Voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 52. Extraído de: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618222>. Acesso em 20 abr 2011.

<sup>354</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>355</sup> GARCIA, *Improbidade...*, p. 467.

compensação para minimizar os seus efeitos, provenientes de elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição<sup>356</sup>, o que, de certo, não fez o Governo do Distrito Federal.

Ademais, conforme dispõe o artigo 10, inciso VII da Lei 8.429/92, constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie.

Já os votos vencidos dos Ministros Menezes Direito, Eros Grau, Carmen Lúcia e Gilmar Mendes arrimaram-se, basicamente, no fato de que: o objeto do recurso extraordinário em comento versa sobre matéria tributária cujos beneficiários podem ser individualmente determinados, o que implica a incidência automática do parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347/85; que a inconstitucionalidade das legislações mencionadas deve ser discutida em sede de ação direta de inconstitucionalidade, mas não em sede de ação civil pública; e, por fim, verifica-se que se trata uma ação popular disfarçada de ação civil pública<sup>357</sup>.

No entanto, tais fundamentos se mostram contraditórios por várias razões: a primeira delas consiste no fato de que, muito embora as sociedades empresárias signatárias do TARE possam ser individualmente determinadas, elas não seriam beneficiadas em caso de procedência dos pedidos contidos na ação civil pública proposta pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

A ação civil pública em comento não se destinou a proteger os interesses e direitos individuais homogêneos das sociedades empresárias atacadas ou distribuidoras signatárias do

---

<sup>356</sup> GARCIA, *Improbidade...*, p. 467.

<sup>357</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 576.155/DF. Acórdão. Voto do Ministro Menezes Direito, p. 40/41; Voto da Ministra Carmen Lúcia, p.42/43; Voto do Ministro Eros Grau, p. 44; Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 67/81. Extraído de: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618222>. Acesso em 20 abr 2011.

TARE enquanto contribuintes lesadas pelo Fisco, mas sim proteger o erário e, por conseguinte, o patrimônio público que estava sendo lesado com a não arrecadação escoeita dos tributos.

Ou seja, aquela ação civil pública foi proposta em face dessas sociedades empresárias, contra os seus interesses, e não em benefício delas, o que, por si só, já afasta a incidência do parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347/85.

A segunda razão se verifica no fato de ser incoerente fundamentar que a inconstitucionalidade das legislações distritais deveria ter sido discutida em sede de ação direta de inconstitucionalidade.

Conforme demonstrado em capítulo anterior, o próprio Plenário do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 424.993/DF já pacificou o entendimento no sentido de que é perfeitamente possível a declaração de inconstitucionalidade de lei em sede de ação civil pública, desde que seja incidental, ou seja, veiculada como causa de pedir e não como pedido na ação coletiva, exatamente como ocorreu no caso analisado<sup>358</sup>.

A terceira razão cinge-se ao fato de que não há impedimento em se tutelar o patrimônio público por meio da ação civil pública, tendo em vista o fato de também ser o bem jurídico tutelado pela ação popular.

O artigo 129, inciso III, da Constituição Federal de 1988 prevê expressamente que é função institucional do Ministério Público promover ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social.

Assim ao erigir o *Parquet* à qualidade de órgão primordial na defesa dos interesses da sociedade, seria contraditório que a Constituição Federal de 1988 retirasse do órgão que tem

---

<sup>358</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 424.993/DF. Ação Civil Pública. Controle de Inconstitucionalidade pela via incidental. Possibilidade. Extraído de <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+424993%2E NUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+424993%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acesso em 25 abr 2011.

melhores condições de representar os interesses sociais em juízo a legitimidade para defender o patrimônio público, restringindo-a somente ao cidadão.

O microssistema de tutela coletiva é composto por normas e instrumentos processuais que se complementam, e que tem por objetivo auxiliar os legitimados a alcançarem o melhor meio de proteção dos interesses e direitos transindividuais. Nesse sentido, não é constitucional qualquer interpretação que limite a atuação do Ministério Público em situações que o ordenamento jurídico pátrio ordena que ele atue.

A ação civil pública é o instrumento processual coletivo previsto na Constituição Federal de 1988 que legitima o Ministério Público a buscar em juízo todos os meios eficazes de cessar as condutas ilegais e arbitrárias contra o patrimônio público, pleiteando a condenação em obrigação de fazer, de não fazer, de ressarcir, bem como a declaração de nulidade de atos.

Já a ação popular, cuja legitimação foi conferida somente ao cidadão, visa simplesmente a anular atos lesivos ao patrimônio público e, portanto, é um instrumento processual mais restrito. Por essa razão, há quem sustente não ser de litispendência a relação entre ambas, quando propostas sobre o mesmo fato e com a mesma causa de pedir, mas sim de continência<sup>359</sup>.

Rogério Pacheco Alves assevera que

seria mesmo inadmissível que a sistemática de tutela concebida pela legislação ordinária limitasse o campo de incidência de um instrumento que goza de *status* constitucional, esvaziando-o na hipótese de lesão ao patrimônio público resultante de improbidade. Neste particular, não é demais lembrar que é a própria Constituição Federal, do alto de sua unidade hierárquico-normativa, que prevê a ação popular e a ação civil pública como instrumentos voltados à tutela do patrimônio público (art. 5º, LXXIII, e 129, III), donde se conclui que a própria garantia de acesso à justiça, consubstanciada na criação de duas ferramentas processuais, dá lugar à duplicidade de ações em defesa da coletividade<sup>360</sup>.

---

<sup>359</sup> GARCIA; *Improbidade...*, p. 759.

<sup>360</sup> *Ibid.*, p. 758/759.

Por fim, arrefecendo qualquer celeuma em torno dessa questão, destaca-se que o artigo 1º da Lei 7.347/85 prevê expressamente que a ação civil pública rege-se pelas disposições legais ali previstas, sem prejuízo da ação popular.

Além de todos esses fundamentos em comum nos votos vencidos dos referidos Ministros, é importante apresentar e comentar outros dois fundamentos que o Ministro Gilmar Mendes alicerçou seu voto contrário ao provimento do recurso, quais sejam: o Ministério Público não pode atuar em defesa do Fisco, porque o artigo 129, inciso IX, da CRFB/88 veda ao *Parquet* a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas; e a ação civil pública utilizada em matéria tributária pode ser ineficaz para os fins que se propõe, porque os valores de indenização serão revertidos ao fundo de que trata o artigo 13 da Lei 7.347/85<sup>361</sup>.

Quanto ao primeiro fundamento, cabe ressaltar que o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios não propôs ação civil pública visando representar judicialmente o Distrito Federal, mas sim demandou em face dele, ou seja, contra os interesses da Administração Pública distrital naquela situação questionada na ação civil pública.

Nesse ponto, Hugo Nigro Mazzilli assevera que

a *ratio legis* do dispositivo constitucional que veda ao Ministério Público a representação judicial das entidades públicas consiste em que, uma vez criada a Advocacia da Fazenda, o Ministério Público perdeu sua atribuição histórica de representação dos entes estatais. Assim, a Fazenda passou a ter procuradores, que devem encarregar-se da cobrança de sua dívida ativa em juízo, de sua defesa judicial, do zelo de todos os seus interesses patrimoniais perante o Poder Judiciário. Embora tudo isso seja verdade, menos certo não é que, muitas vezes a legitimação ordinária não funciona, ou seja, não raro o administrador em exercício causa o dano e, valendo-se dos controles hierárquicos sobre a Administração, impede que a máquina estatal se volte contra ele ou seus apaniguados. Nesse caso, agora por legitimação extraordinária, tanto pode o cidadão defender o patrimônio público, como também o Ministério Público pode fazê-lo, sempre com fulcro na própria ordem constitucional (CR, arts. 5º, LXXIII, e 129, III). [...] Não é absurdo algum que o Ministério Público defenda o patrimônio

---

<sup>361</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 576.155/DF. Acórdão. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 80. Acesso em 20 abr 2011. Extraído de: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618222>.

público, ainda que esteja impedido de dar representação judicial à Fazenda. Quando o Ministério Público defende o patrimônio público em juízo, em nada contraria sua natureza institucional, e seria de todo ilógico que a Constituição e as leis legitimassem um único cidadão para defender o patrimônio de todos, mas negassem essa possibilidade ao Ministério Público, encarregado que é de defender toda a coletividade<sup>362</sup>.

O Ministério Público do Distrito Federal e Território pretendeu com a propositura daquela ação coletiva impedir que a Administração Pública permanecesse agindo de modo lesivo aos interesses públicos primários, ou interesses da sociedade, por violar normas constitucionais atinentes ao Sistema Tributário Nacional. Assim, o *Parquet* buscou preservar a higidez na arrecadação que estava sendo prejudicada pelo próprio Fisco.

Isso é permitido expressamente pela Constituição Federal de 1988 em seu artigo 129, inciso II, o qual prevê que é função institucional do Ministério Público zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos nela assegurados, promovendo as medidas necessárias a sua garantia.

Ao permitir que, por meio de Termo de Ajuste de Regime Especial, determinadas sociedades empresárias deixem de recolher o valor realmente devido a título de ICMS pela atividade praticada, o Distrito Federal violou o princípio igualdade previsto no artigo 150, inciso II da Constituição Federal de 1988 onde está previsto que

sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos<sup>363</sup>.

---

<sup>362</sup> MAZZILLI, *A defesa dos interesses...*, p. 215/216.

<sup>363</sup> BRASIL. Presidência da República. Constituição Federal de 1988. Artigo 129, inciso II. Extraído de: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 25 abr 2011.

Além disso, a Lei Distrital 2.381/1999 que foi regulamentada pelo Decreto 20.322/1999, violou o disposto nas alíneas *c* e *g*, do inciso II do artigo 155 da Constituição Federal de 1988, uma vez que, segundo esses dispositivos, cabe à Lei Complementar disciplinar o regime de compensação do imposto e regular a forma como, mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

A referida lei violou, ainda, o parágrafo 6º do artigo 150 do Código Tributário Nacional o qual exige lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente a concessão de qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições.

Essa exigência de lei específica para a concessão de incentivos e benefícios fiscais existe porque a tributação é essencial ao equilíbrio das contas públicas que, por sua vez, implica diretamente na capacidade do ente federativo conseguir cumprir com os objetivos sociais que a Constituição Federal de 1988 e o restante do sistema jurídico lhes impõem<sup>364</sup>.

Antônio L. de Souza Franco assevera que, não obstante o fato da atividade financeira ser regida por critérios essencialmente políticos, as decisões da Administração Pública devem estar submetidas a critérios doutrinários e ideológicos acerca do desenvolvimento social, sendo que a utilização dos recursos financeiros obtidos por meio da arrecadação de impostos deve ser direcionada para satisfazer às necessidades comuns de todos os integrantes da sociedade<sup>365</sup>.

Nessa vertente, sem a observância dos parâmetros constitucionais e legais que orientam a gestão fiscal responsável de recursos públicos, não haverá meios pragmáticos para a garantia de

---

<sup>364</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 576.155/DF. Acórdão. Voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 48. Acesso em 20 abr 2011. Extraído de: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618222>.

<sup>365</sup> FRANCO, Antônio L. de Souza. *Finanças Públicas e Direito Financeiro*. 4 ed. Coimbra: Almedina, V. I, 1998, p.41. *apud* SIQUEIRA, Vanessa. *Direito Tributário Sistematizado*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 30.

direitos caros à Constituição Federal de 1988, como a saúde, a educação, a proteção da propriedade, a defesa nacional, dentre outros<sup>366</sup>.

Assim, se a concessão de benefícios fiscais se fizer sem a observância das normas constitucionais de controle do pacto federativo, poderá assumir contornos predatórios e, com isso, abalar a relação de harmonia e concordância que deve pautar a convivência federativa<sup>367</sup>.

Ademais, poderá frustrar a diretriz constitucional de resolução das desigualdades regionais, na medida em que entes federados com maior capacidade para abrir mão de receitas teriam, teoricamente, vantagem indevida sobre os demais<sup>368</sup>.

Por tais relevantes razões, o artigo 10, inciso VII da Lei 8.429/92 prevê que constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie.

Ressalte-se que o Ministério Público não tem legitimidade para fiscalizar, lavrando auto de infração e instaurando procedimento administrativo fiscal para apurar irregularidades na arrecadação dos tributos pelos contribuintes. Também não tem legitimidade para propor ação de execução fiscal, em nome do Fisco, com vistas a cobrar dos contribuintes tributos não arrecadados.

No entanto, não se pode desconsiderar que o artigo 129, inciso II da Constituição Federal de 1988 legitima o Ministério Público a promover as medidas necessárias com a finalidade de obrigar o Fisco a respeitar o Sistema Tributário Nacional previsto na Carta Magna e, por conseguinte, a higidez na arrecadação, evitando danos ao erário e ao patrimônio público para a observância dos interesses sociais e fundamentais.

---

<sup>366</sup> FRANCO, *op. cit.*, p. 30

<sup>367</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 576.155/DF. Acórdão. Voto do Ministro Joaquim Barbosa, p. 48. Acesso em 20 abr 2011. Extraído de:  
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=618222>.

<sup>368</sup> *Ibid.*

Por fim, o último fundamento utilizado pelo Ministro Gilmar Mendes foi no sentido de que a ação civil pública utilizada em matéria tributária pode ser ineficaz para os fins que se propõe, porque os valores de indenização serão revertidos ao fundo de que trata o artigo 13 da Lei 7.347/85.

Esse fundamento desconsidera que tanto a condenação imposta na sentença, como o modo de execução de quantia em dinheiro na ação civil pública variarão em conformidade com a espécie de interesse e direito transindividual a ser tutelado, bem como em razão da natureza da prestação jurisdicional pedida.

Para os interesses e direitos difusos e coletivos estrito senso, de fato, o artigo 13 da Lei 7.347/85 prevê que, em caso de condenação do réu ao pagamento de indenização em dinheiro, o produto será revertido em favor de um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais do qual participarão, necessariamente, o Ministério Público e os representantes da coletividade, sendo que os seus recursos serão destinados à reconstituição dos bens lesados.

Contudo, no que tange aos interesses e direitos individuais homogêneos o procedimento judicial coletivo obedece ao rito previsto nos artigos 91 a 100 previstos no Capítulo II do Título III do Código de Proteção e Defesa do Consumidor<sup>369</sup>.

Assim, os artigos 95 e 97 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor prevêem que em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados, sendo que a liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pelo beneficiário da ação e seus sucessores, assim como pelos legitimados ativos previstos no artigo 82 do mesmo diploma, que no caso de matéria tributária, tem suporte nos artigos 730 e 731 do Código de Processo Civil.

---

<sup>369</sup> O Capítulo II do Título III do Código de Proteção e Defesa do Consumidor é intitulado de “Das Ações Coletivas Para a Defesa de Interesses Individuais Homogêneos” que também são aplicáveis à ação civil pública por força do artigo 117 desse mesmo diploma.

No caso da ação civil pública proposta para combater o TARE firmado entre o Distrito Federal e as sociedades empresárias atacadas e distribuidoras, uma vez julgados procedentes os pedidos, a sentença anulará os Termos de Ajuste de Regime Especial firmados e obrigará às empresas a recolherem ao Fisco os valores devidos a título de ICMS.

Trata-se de tutela específica a prestação jurisdicional que declara a nulidade do acordo e obriga, em caráter mandamental, o recolhimento aos cofres públicos dos valores constitucional e legalmente devidos que foram renegados ao erário. Até que lei específica oriunda do Poder competente regule as concessões desses benefícios, esse tributo devido e não recolhido pertence ao erário e a ele deve ser destinado para a complementação do orçamento público.

O Superior Tribunal de Justiça entende que é perfeitamente cabível a propositura de ação civil pública e o que Ministério Público tem legitimidade para pedir a reparação de danos causados ao erário por atos de improbidade administrativa, tipificados na Lei 8.429/1992<sup>370</sup>.

Ressalte-se que o artigo 18 dessa mesma lei prevê expressamente que a sentença que julgar procedente o pedido na ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilícitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.

Convergindo nesse sentido, Rogério Pacheco Alves arrazoa que

se considerarmos que a Lei 8.429/92 compõe, ao lado de outros instrumentos constitucionais e infraconstitucionais, o amplo sistema de tutela do patrimônio público, interesse difuso, a possibilidade de manejo da ação civil pública na seara da improbidade, quer pelo Ministério Público, quer pelos demais co-legitimados, torna-se clara. Claríssima, *de lege lata*, em razão da regra contida no art. 129, III, e parágrafo 1º da Constituição Federal, o que, a nosso juízo, torna até desimportante a discussão sob o enfoque puramente pragmático. Equivocada, assim, *data venia*, a assertiva do descabimento da ação civil pública com vistas ao ressarcimento dos danos causados ao erário e à aplicação das sanções do art. 12 da Lei 8.429/92 em razão do suposto rito especial adotado pela Lei

---

<sup>370</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 401.472/RO. Extraído de [https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre\\_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=8423466&sReg=200101954296&sData=20110427&sTipo=51&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=8423466&sReg=200101954296&sData=20110427&sTipo=51&formato=PDF) Acesso em 09 jul 2011.

7.347/85. Equivocada, *rogata venia*, não só porque o rito da ação civil pública não é especial, como também, mesmo que especial fosse, ou venha a ser, porque a questão do procedimento, para fins de incidência da Lei, de sua técnica protetiva, como visto, é de nenhuma importância<sup>371</sup>.

No caso do TARE, os agentes da administração pública distrital perpetraram a conduta tipificada no artigo 10, inciso VII, da Lei de Improbidade Administrativa que prevê o seguinte:

constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...] VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie<sup>372</sup>.

Se o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública com o objetivo de requerer a punição dos agentes públicos que cometeram atos de improbidade administrativa, assim como para pleitear a reparação dos danos causados ao erário em razão dessas condutas, mostra-se incoerente reconhecer a ilegitimidade ativa do *Parquet* para requerer judicialmente, por meio de ação coletiva, a anulação de atos ou acordos lesivos a higidez na arrecadação, bem como a imposição do recolhimento do tributo aos cofres públicos.

Não obstante, se essa ação civil pública versasse sobre matéria tributária com o objetivo de tutelar os interesses e direitos individuais homogêneos dos contribuintes em razão de arbitrariedades e ilegalidades comprovadamente cometidas pela Administração Pública na arrecadação dos tributos, a sentença, genericamente, poderia impedir o Fisco de continuar cobrando indevidamente a exação; poderia condená-lo, também de modo genérico, a repetir o indébito a todos àqueles que se enquadrem na qualidade de contribuinte do tributo e, portanto, lesados; e, ao final do processo, a execução da sentença poderia ser feita individualmente, com

---

<sup>371</sup> GARCIA; *Improbidade...*, p. 742/743.

<sup>372</sup> BRASIL. Presidência da República. Lei 8.249/92. Lei de Improbidade Administrativa. Extraído de [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm) Acesso em 09 jul 2011.

base nos artigos 97 da Lei 8.078/95 e, supletivamente, 475-E, 475-F e 730 do Código de Processo Civil.

Distintamente, é o caso de condenação ao pagamento em dinheiro a título de compensação pelos danos causados a outros interesses ou direitos difusos, quando não é possível se obter a tutela específica ou o resultado prático equivalente. Nesses casos, os valores pagos em razão da condenação devem ser revertidos para o fundo previsto no artigo 13 da Lei 7.347/85, porque ele foi encarregado pela lei de gerir e usar essa verba, de algum modo, na compensação do dano causado ao interesse ou direito difuso.

Assim, diante de todo esse mecanismo processual vigente no microsistema de tutela coletiva brasileiro, está evidente que a ação civil ação pública é uma via bastante eficaz para a tutela interesses e direitos de natureza tributária. E essa enriquecedora discussão jurídica contida no processo em alusão foi importante para consolidar precedente no sentido de que, apesar da vedação contida no parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347/85, a ação civil pública é a via processual adequada para veicular pretensões que envolvam tributos, quando o objetivo for tutelar o erário e o patrimônio público.

### Conclusão.

Os mecanismos processuais de tutela coletiva evoluíram e se aprimoraram ao longo da história com o objetivo de tornar cada vez mais efetiva a proteção judicial de todos os interesses e direitos transindividuais.

Conforme abordado nesta pesquisa, já na Inglaterra Moderna constatou-se que o processamento individual das demandas que continham as mesmas questões de fato e de direito a serem decididas não era a via adequada, razão pela qual, principalmente após o *bill of peace*, priorizou-se o tratamento processual coletivo dessas essas causas.

A mesma conclusão chegou o juiz e jurista norte-americano *Joseph Story* em 1836 quando, ao publicar sua obra *Commentaries on Equity Jurisprudence*, apontou com precisão a importância e o papel diferenciado das demandas coletivas. Já naquela época, ele havia sustentado que as ações coletivas tornariam mais eficiente a tutela de direitos que, por meio da via processual individual, dificilmente conseguiriam ser protegidos.

Além disso, no ordenamento jurídico inglês e no norte-americano a disponibilidade dos direitos, o cunho patrimonial e a essência individual do bem jurídico a ser tutelado nunca foram fatores impeditivos para a tutela coletiva de quaisquer interesses e direitos transindividuais.

Outrossim, a *class action for damage* norte-americana, versão evoluída da *spurious class action*, tem, atualmente, como diretriz o seguinte preceito: mesmo que a lesão tenha sido causada de maneira individual, se a quantidade de pessoas afetadas e as questões de fato comuns a elas inerentes, conclui-se que a demanda coletiva é o meio mais eficiente de se tutelar esses direitos, evitando, inclusive, a insegurança jurídica que possíveis decisões conflitantes trarão.

Observe-se que, ao aprimorar as suas normas de tutela coletiva, o ordenamento jurídico norte-americano deixou claro que nem a natureza individual do bem jurídico a ser tutelado e nem o direito material a ser posto em juízo devem ser obstáculos ao processamento da ação como de classe, quando se está diante de causas que afetem a um número elevado de pessoas e as questões de fato e de direito sejam comuns.

Portanto, prioriza-se o aspecto coletivo em detrimento do individual, para se alcançar a maior eficiência na prestação jurisdicional e na proteção desses direitos, consagrando a superioridade da demanda coletiva sobre a individual para solucionar litígios que afetem uma massa homogênea de indivíduos e são de relevante interesse social.

Nesse sentido, não são justificáveis quaisquer limitações inseridas no microssistema de tutela coletiva brasileiro no que tange aos interesses e direitos individuais homogêneos, porque as suas normas tiveram como referência direta a *class action for damages* prevista na *Rule 23(b)(3)* da *Federal Rules of Civil Procedure* norte-americana e vieram eivadas de todas essas concepções sobre a superioridade da demanda coletiva em detrimento da individual.

Tanto que o legislador se limitou a definir os interesses e direitos individuais homogêneos no inciso III do artigo 81 da Lei 8.078/90 como sendo aqueles decorrentes de origem comum, nada mais exigindo para qualificá-los.

Somado a isso, o artigo 117 da referida lei inseriu o artigo 21 na Lei da Ação Civil Pública prevendo que se aplica à defesa de todos os interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, no que for compatível, todo o regramento para a defesa do consumidor em juízo previsto naquele código, estabelecendo, por conseguinte, a coesão entre essas duas legislações para que seja possível a sua tutela por meio da ação civil pública sempre que qualquer interesse ou direito individual homogêneo for lesado, e não somente aqueles pertencentes ao consumidor como, equivocadamente, se tem entendido.

Na época em que a Lei 8.078/90 entrou em vigor, ainda não existia a vedação contida no parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347/85, que somente surgiu dez anos depois, com a edição da Medida Provisória 1984-18/2000 e se manteve em vigor por causa das suas posteriores reedições até a Medida Provisória 2.180-35/2001.

Percebe-se, portanto, que a norma contida no parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347/85 não tem fundamento em qualquer dos ordenamentos jurídicos inspiradores da tutela coletiva brasileira e nem nos ideais daqueles que a elaboraram.

Ao revés, esse preceito legal vai de encontro a toda ideologia apregoada naqueles sistemas, principalmente o norte-americano após a reforma de 1966, que abandonou a divisão das espécies de *class action* que tinha como base o bem jurídico a ser tutelado, passando a especificá-las por um critério estritamente processual e coletivo, buscando dividi-las para alcançar a melhor forma de se processar a demanda e proteger de forma mais eficiente todas as espécies de interesses e direitos transindividuais.

Também não há razões legítimas que se possa extrair do ordenamento jurídico brasileiro que justifique a inserção da vedação contida no parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347/85 no microsistema de tutela coletiva, uma vez que o Capítulo II do Título III da Lei 8.078/90 contém todo o regramento necessário e viável para a tutela coletiva dos interesses e direitos individuais homogêneos dos contribuintes.

Além disso, o caráter patrimonial desses interesses e direitos não é fator sobrepujante a justificar o não cabimento da ação civil pública para tutelá-los, porque outros tantos interesses e direitos individuais homogêneos com essas mesmas características tem sido permitida a tutela coletiva por aquela via processual, primando-se pela relevância social desses interesses que os confere o caráter indisponível.

Nesse sentido, não há como sustentar que a violação a quaisquer direitos individuais homogêneos dos contribuintes previstos no artigo 150 da Constituição Federal de 1988 não seja relevante o suficiente para legitimar o Ministério Público a propor ação civil pública para tutelá-los, independentemente do cunho patrimonial, e muito menos considerar que essa espécie de ação coletiva é a via processual inadequada para tanto.

O fato é que a inserção do parágrafo único no artigo 1º da Lei 7.347/85 consistiu numa medida de caráter político, artiloso, com vistas a obstar o Ministério Público a tutelar judicialmente os interesses e direitos violados pela Administração Pública Fazendária, limitando a possibilidade de proteção desses interesses e direitos somente a via processual individual.

Conforme analisado, o Ministério Público é o órgão primordial na tutela coletiva e, em razão de suas funções institucionais, garantias e prerrogativas previstas na Constituição Federal de 1988, tem legitimidade, interesse processual e os melhores meios e técnicas, não só para defender os interesses e direitos da sociedade, como também para fazer imperar a probidade, a moralidade e a legalidade dos atos administrativos.

Não é constitucional em um Estado Democrático de Direito, como é fundado atualmente o ordenamento jurídico pátrio, o Poder Executivo impedir a tutela dos interesses e direitos individuais homogêneos por meio da ação civil pública sob a justificativa de se tratar de interesses e direitos patrimoniais divisíveis e disponíveis.

Se a lesão aos contribuintes for decorrente de origem comum e atingir um nível socializado, independentemente de versar a causa sobre matéria tributária essa é relevante socialmente e, por conseguinte, indisponível, o que não só legitima o Ministério Público, como torna imperativa a sua atuação por meio da ação civil pública.

Portanto, a vedação contida no dispositivo em comento é flagrantemente inconstitucional pelos seguintes fundamentos: impede que o Ministério Público exerça as funções institucionais

previstas no artigo 129, inciso II e III, da Constituição Federal de 1988; limita o acesso ao Poder Judiciário violando, assim, o direito fundamental previsto no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal 1988; e, por fim, porque foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro por meio de medida provisória que não preencheu e não preenche os requisitos constitucionais da relevância e urgência, indispensáveis para a sua validade e eficácia.

Nesse último aspecto, lamentavelmente a Medida Provisória 2.180-35/2001 permanece em vigor até hoje, não só porque o artigo 2º da Emenda Constitucional 32/2001 assim autoriza, mas também por omissão do Congresso Nacional em apreciá-la.

Sublinhe-se que, se essa medida provisória for submetida à apreciação do Congresso Nacional com o objetivo de convertê-la em lei, a deliberação de cada uma de suas Casas sobre o mérito dependerá de juízo prévio sobre o atendimento de seus pressupostos constitucionais de relevância e urgência, conforme prevê o artigo §5º do artigo 62 da Constituição Federal de 1988, o que certamente imporá a sua revogação.

As vozes dos juristas e doutrinadores, especialistas e militantes na área da tutela coletiva, que não são poucos, apesar de alardearem veementemente de modo contrário à vedação contida no parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347/85, considerando-a um absurdo jurídico e político, tem soado como um sussurro em meio à surdez seletiva da política deste país.

Portanto, busca-se com esta pesquisa esclarecer e conscientizar todos os operadores do Direito sobre essa deslealdade perpetrada pelo Governo contra a sociedade para que haja força social capaz de reformar o parágrafo único do artigo 1º da Lei 7.347/85 ou de persuadir o Poder Judiciário a alterar o seu entendimento sobre essa questão, reconhecendo a legitimidade ativa e do interesse de agir do Ministério Público para a propositura de ação civil pública em matéria tributária, ainda que para tutelar interesses e direitos individuais homogêneos dos contribuintes.

## Referências.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito material coletivo – superação da summa divisio* direito público e direito privado por uma nova *summa divisio* constitucionalizada. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. *apud* Manual de atuação funcional do Ministério Público de Minas Gerais, 2 ed., Belo Horizonte, 2010, p. 62/63.

ALVES, Airton Buzzo *et al.* *Funções Institucionais do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2001.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela de direitos individuais homogêneos e as demandas ressarcitórias em pecúnia*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al* (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BORGES, Priscila Gomes Barcellos. *A Legitimação do Ministério Público para questionar acordos tributários em sede de ação civil pública*. Artigo jurídico publicado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2009. Disponível em [http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos\\_conclusao/1semestre2009/trabalhos\\_12009/priscilaborges.pdf](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2009/trabalhos_12009/priscilaborges.pdf).

BRASIL. Ministério da Justiça. Brasília. Disponível em <http://portal.mj.gov.br>.

BRASIL. Presidência da República Federativa do Brasil. Legislação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Disponível em <http://www.stj.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Disponível em <http://www.stf.jus.br>.

BRASIL. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. *Exposição de Motivos do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América*, 2005. Disponível em [http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo\\_exposicaodemotivos\\_2\\_28\\_2\\_2005.pdf](http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo_exposicaodemotivos_2_28_2_2005.pdf).

CAPPELLETTI, Mauro. *Tutela dos Interesses Difusos*. Porto Alegre: AJURIS – Revista dos Juízes do Rio Grande do Sul, 33/177 (*apud* LEAL).

CARRAZZA, Roque Antônio. *ICMS*. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação Civil Pública comentários por artigo*. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Medidas Provisórias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DAMOUS, Wadih e DINO, Flávio. *Medidas Provisórias no Brasil: origem, evolução e novo regime constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

FERRARESI, Eurico. *A pessoa física como legitimada ativa à ação coletiva*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al* (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo. *Considerações sobre interesse social e interesse difuso*. In: MILARÉ, Edis (Coord). *Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Ação Civil Pública – Gizamento constitucional e legal*. In: MILARÉ, Edis (Coord). *Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FLEURY FILHO, Luiz Antônio. *Registros históricos de uma lei com destino transcendental*. In: MILARÉ, Edis. (Coord). *Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FRANCO, Antônio L. de Souza. *Finanças Públicas e Direito Financeiro*. 4 ed. Coimbra: Almedina, V. I, 1998.

FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur. *Civil procedure*. 3 ed. St. Paul: West, 1999.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público Organizações, Atribuições e Regime Jurídico*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

\_\_\_\_\_. *Da legitimidade do Ministério Público para a defesa dos contribuintes*. Revista de Direito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, RJ, nº. 12/367, 2007.

\_\_\_\_\_; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Das origens ao futuro da Lei de Ação Civil Pública: o desafio de garantir acesso à justiça com efetividade*. In: MILARÉ, Edis. (Coord). *Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 14 ed. São Paulo, Malheiros, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade*. In: MILARÉ, Edis (Coord). *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. *Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos - Exposição de Motivos. In: \_\_\_\_\_ et al (Coord.). Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. *Exposição de Motivos do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América.* Disponível em:  
[http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo\\_exposicaodemotivos\\_2\\_28\\_2\\_2005.pdf](http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo_exposicaodemotivos_2_28_2_2005.pdf).

\_\_\_\_\_. *Os Processos Coletivos nos Países de Civil Law e Common Law: uma análise de direito comparado.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

\_\_\_\_\_. *Rumo a um Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: MILARÉ, Edis (Coord). Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário.* 15 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Curso de Princípios Institucionais do Ministério Público.* 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. *O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

KLONOFF, Robert H. *Class actions and other multi-party litigation in a nutshell.* St Paul: West, 1999.

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações Coletivas: História, Teoria e Prática.* Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

\_\_\_\_\_. *Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos – Aspectos políticos, econômicos e jurídicos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Coord.). Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MAIA, Diogo Campos Medina. *A ação coletiva passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Coord.). Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir.* 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo.* 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao Ministério Público*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

\_\_\_\_\_. *O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al* (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Ação Civil Pública e controle de constitucionalidade*. In: MILARÉ, Edis (Coord). *Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_.; COELHO, Inocêncio; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

MILARÉ, Édís (Coord). *Ação Civil Pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

\_\_\_\_\_. *Ação Civil Pública na Nova Ordem Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MORAES, Guilherme Peña de. *Curso de Direito Constitucional*, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Direitos e Interesses e sua proteção judicial*. In: MILARÉ, Edis. (Coord). *Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A tutela do interesse coletivo como instrumento polarizador da participação do Ministério Público no Processo Civil brasileiro*. Disponível em [http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/polarizacao\\_atuacao\\_mp\\_dir\\_coletivos\\_220203.pdf](http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/polarizacao_atuacao_mp_dir_coletivos_220203.pdf)

\_\_\_\_\_. *A tutela coletiva no Brasil e a sistemática dos novos direitos*. Artigo Jurídico. Disponível em [http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/a\\_tutela\\_coletiva\\_e\\_os\\_novos\\_direitos.pdf](http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/a_tutela_coletiva_e_os_novos_direitos.pdf).

\_\_\_\_\_. *Ações de Classe. Direito Comparado e Aspectos Processuais Relevantes*. Simpósio de Processo Civil. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, 2001. Disponível em [http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/acoes\\_de\\_classe-direito%20comparado\\_e\\_aspectos\\_processuais\\_relevantes.pdf](http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/acoes_de_classe-direito%20comparado_e_aspectos_processuais_relevantes.pdf).

\_\_\_\_\_. *Direito Individual Homogêneo*. Artigo Jurídico. Disponível em [http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/direito\\_individual\\_homogeneo\\_190403.pdf](http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/direito_individual_homogeneo_190403.pdf).

\_\_\_\_\_. *Direito Individual Homogêneo e Legitimidade do Ministério Público: visão dos Tribunais Superiores. Artigo Jurídico.* Disponível em [http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/direito\\_individual\\_homogeneo\\_e\\_legitimidade\\_do\\_m\\_p\\_160204.pdf](http://www.humbertodalla.pro.br/arquivos/direito_individual_homogeneo_e_legitimidade_do_m_p_160204.pdf).

\_\_\_\_\_. *Princípios Institucionais do Ministério Público.* 5 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito.* 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIZZARDO, Arnaldo. *Ação Civil Pública e Ação de Improbidade Administrativa.* Rio de Janeiro: GZ, 2009.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação Civil Pública e o Meio Ambiente.* 3 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

\_\_\_\_\_. *Ação Civil Pública In: DIDIER JR., Fredie (Org). Ações Constitucionais.* 4 ed. Salvador: Podium, 2009.

SANGLARD, Pedro Elias Erthal. *A legitimidade do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro para propor ação em defesa do contribuinte.* Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, nº. 16/153, 2002.

SANTOS, Dorival Moreira dos. *Anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Coletivo: inovações na prática processual em busca da efetividade.* In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al* (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SIQUEIRA, Vanessa. *Direito Tributário Sistematizado.* Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 30.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário.* 13 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal.* v 2. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

UNITED STATES OF AMERICA. *Federal Rule of Civil Procedure.* New York. Cornell University Law School. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/Rule23.htm>.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant class action brasileira: limite propostos para o Código de Processos Coletivos.* In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al* (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

WATANABE, Kazuo. *Relação entre demanda coletiva e demandas individuais*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al (Coord.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern classe action*. New Haven: Yale University Press, 1987.

ZAVASCKY, Albino Teori. *Processo Coletivo Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

\_\_\_\_\_. *Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais*. In: Ada Pellegrini et al (Coord). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.