



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

AUTONOMIA DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO E A NECESSIDADE DE UM
CÓDIGO DE PROCESSO COLETIVO

Tamires Ribeiro Silva

Rio de Janeiro

2014

TAMIRES RIBEIRO SILVA

**AUTONOMIA DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO E A NECESSIDADE DE
UM CÓDIGO DE PROCESSO COLETIVO**

Monografia apresentada como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professor Orientador: Alexandre Freitas
Câmara

Professora Coorientadora: Néli L. C. Fetzner

Rio de Janeiro

2014

TAMIRES RIBEIRO SILVA

**AUTONOMIA DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO E A NECESSIDADE DE
UM CÓDIGO DE PROCESSO COLETIVO**

Monografia apresentada como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* em 2014 da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em _____ de _____ de 2014.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. _____

Universidade _____

Prof. _____

Universidade _____

Prof. _____

Universidade _____

Ao meu Pai, por me possibilitar a busca de um sonho e por acreditar na sua concretização. À minha mãe pelo apoio incondicional.

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

Agradecimentos

Agradecer nem sempre é uma tarefa fácil. São tantos os que cruzam no nosso caminho e que nos auxiliam na busca dos nossos objetivos, que é grande o medo de esquecer alguém.

Primeiramente quero agradecer a Deus, cuja fé que nele possuo me faz seguir em frente a cada dia.

Aos meus pais, por possibilitarem minha mudança para o Rio de Janeiro a fim de que fosse cursada a Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Ao Pedro Henrique Stoltemberg Lauro Jardim, pelo amor e o apoio nas tomadas das minhas decisões.

Ao grande mestre e orientador, Prof. Des. Alexandre Freitas Câmara, que fez nascer em mim a paixão pelo processo, quando ainda na faculdade comecei a estudar suas Lições de Direito Processual Civil. Obrigado grande mestre, pelos ensinamentos nas salas de aula da EMERJ, por ter aceitado ser orientador deste trabalho e pela orientação e atenção dada. Só tenho a dizer que aprendi e venho aprendendo muito através de você.

À minha coorientadora, Prof^ª. Néli L.C. Fetzner, pelos ensinamentos e esclarecimentos que me auxiliaram na confecção deste trabalho.

Ao SEMON, setor de monografia, em especial à Anna Dinna, pela compreensão e paciência com alguns atrasos e pedidos.

Por fim, a todos os amigos que com a EMERJ conquistei, que lutam ao meu lado a batalha na busca do sucesso de se tornar Magistrado, um especial carinho pelos amigos Amanda Bolckau, Guilherme Esch de Rueda, Pedro Blumer e Renata de Barros, a EMERJ não teria sido a mesma sem vocês.

“Descendo do plano ideal ao real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva”.

(Norberto Bobbio)

SÍNTESE

O presente trabalho trata da autonomia do Direito Processual Coletivo como um novo ramo do direito processual, sendo um instrumento de proteção e efetivação do Estado Democrático de Direito, superando a antiga dicotomia que dividia o direito processual, em direito processual civil e direito processual penal. Busca-se através deste trabalho trazer algumas considerações acerca da teoria geral do processo coletivo hoje existente no país, formado por leis esparsas, principalmente a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, que, atualmente, são a base do que chamamos de Microssistema processual coletivo. Defendemos a ideia da criação de um Código Brasileiro de Processo Coletivos, e acreditamos que o Projeto de Lei nº 5.139/09 pode ser a solução encontrada para a formulação de um diploma único aplicável a todo o processo coletivo, garantindo, dessa forma a proteção e a efetivação do Estado Democrático de Direito, ampliando o acesso à justiça.

SÚMARIO

INTRODUÇÃO	11
1. AUTONOMIA DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO	15
1.1. Instrumento de proteção e efetivação do Estado Democrático de Direito.....	15
1.2. Bipartição do Direito Processual Coletivo.....	19
2. NATUREZA JURÍDICA DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO.....	22
3. OBJETO MATERIAL DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO.....	24
3.1. Direitos ou interesses difusos.....	27
3.2. Direitos ou interesses coletivos em sentido estrito	39
3.3. Direitos ou interesses individuais homogêneos	32
3.4. Vedação imposta pelo artigo 1º, parágrafo único da Lei de Ação Civil Pública.....	33
4. PRINCÍPIOS DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO.....	35
4.1. Princípio da indisponibilidade mitigada da Ação Coletiva	36
4.2. Princípio do interesse jurisdicional do conhecimento do mérito.....	39
4.3. Princípio da indisponibilidade da execução coletiva	40
4.4. Princípio da prioridade na tramitação	41
4.5. Princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva	42
4.6. Princípio da máxima efetividade do processo coletivo ou do ativismo judicial.....	43
4.7. Princípio da máxima amplitude, da atipicidade ou da não taxatividade do processo coletivo.....	43
4.8. Princípio da ampla divulgação da demanda.....	44
4.9. Princípio da integratividade do livre sistema processual coletivo.....	45
4.10. Princípio da adequada representação ou do controle judicial da legitimação.....	46
5. MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO E A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CDC.....	48
6. COMPREENSÃO DO SENTIDO DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO E A PROBLEMÁTICA DO ACESSO À JUSTIÇA EM RELAÇÃO AOS DIREITOS DOS MASSIFICADOS.....	52
7. NECESSIDADE DE UMA CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA GERAL DO PROCESSO COLETIVO E DE UM CÓDIGO DE PROCESSO COLETIVO.....	61
8. ASPECTOS GERAIS DOS INSTITUTOS ESTRUTURAIS DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO BRASILEIRO.....	66
8.1. Legitimidade para a propositura das ações coletivas.....	66
8.1.1. Legitimidade ativa.....	69
8.1.1.1. Ministério Público.....	70
8.1.1.2. Defensoria Pública.....	74
8.1.1.3. Ordem dos Advogados do Brasil.....	77
8.1.1.4. Administração Direta e Indireta.....	78
8.1.1.5. Entidades Sindicais.....	79
8.1.1.6. Partidos Políticos.....	79
8.1.1.7. Associações Cívicas.....	80
8.1.1.8. Fundações Privadas.....	81
8.1.2. Legitimidade Passiva.....	82

8.1.3. Litisconsórcio.....	84
8.2. Relações entre demandas.....	86
8.3. Competência.....	89
8.3.1. Critério funcional (hierárquico) de competência.....	90
8.3.2. Critério material de competência.....	91
8.3.3. Critério valorativo de competência.....	93
8.3.4. Critério territorial de competência.....	93
8.4. Aspectos da coisa julgada coletiva.....	97
8.5. Execução da sentença coletiva.....	102
9. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROJETO DE LEI N.5139/2009.....	107
CONCLUSÃO.....	121
REFERÊNCIAS.....	125
ANEXO.....	129

INTRODUÇÃO

A concretização da cidadania e da democracia necessita de um eficiente sistema de processos coletivos, tendo em vista que hoje se vive um fenômeno mundial da coletivização do processo, fenômeno este ainda carente de regulamentação, em que pese no Brasil hoje possuir um dos mais avançados sistemas de proteção dos direitos transindividuais, a problemática do acesso à justiça ainda está presente, sendo certo que o Código de Processo Civil, construído sobre a ótica de uma concepção do método-jurídico, voltado para tutela individual, se mostra incompatível com a tutela dos direitos metaindividuais, a exemplo do disposto nos arts. 3º (que trata do interesse e da legitimidade para propositura da ação), 6º (que trata da legitimação ordinária para propositura da ação) e 472 (que trata da extensão da coisa julgada), assim, necessário se faz a construção de uma verdadeira teoria geral do processo coletivo, com princípios e regras próprias, de forma a possibilitar um maior acesso à justiça, já que esta vem sendo obstada por vários obstáculos econômicos, culturais, jurídicos e políticos, dando assim, proteção e efetivação do Estado Democrático de Direito.

A clássica divisão da teoria geral do processo que biparte o mesmo em processo civil e processo penal, não mais se presta na tutela dos direitos hoje existentes, principalmente no que tange aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. O trabalho ora proposto enfoca a temática da autonomia do direito processual coletivo como um novo ramo do direito processual, concebido como instrumento de proteção e de efetivação do Estado Democrático de Direito. Não se pretende com o presente trabalho esgotar toda teoria geral do processo coletivo que, em verdade, biparte-se em especial e comum¹, sendo que o primeiro diz respeito ao sistema existente de controle de constitucionalidade e o segundo se refere à tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, o qual será objeto do nosso estudo.

Dentro do tema ora proposto, não se pretende também esmiuçar todas as ações coletivas, e sim a formulação de uma verdadeira teoria geral do processo coletivo e demonstrar a necessidade da criação de Código de Processo Coletivo, tendo em vista que hoje regulamentado por leis esparsas, principalmente pela Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, formam o chamado Microsistema Processual Coletivo.

¹ Segundo ensinamentos de ALMEIDA, Gregório Assagra de. Direito Processual Coletivo: um novo ramo do direito processual. São Paulo. Saraiva, 2003. p. 137/141

Houve várias tentativas, porém frustradas, de se editar um Código de Processo Coletivo Brasileiro, dentre eles podemos citar: O Código-Modelo de Processo Coletivo para a Ibero-América; O Antiprojeto USP de Código Brasileiro de Processos Coletivos; o Anteprojeto UERJ/Unesa de Código Brasileiro de Processos Coletivos.

Diante de tais frustrações, foi criada uma Comissão de Estudos em funcionamento na Secretária de Reforma do Judiciário, do Ministério da Justiça, com objetivo de alterar a Lei de Ação Civil Pública a fim de tornar a mesma um diploma geral a ser aplicado a todas demandas coletivas, tendo como decorrência dessa comissão o Projeto de Lei nº5.139/09, encaminhado ao Congresso Nacional, o qual se acredita que se aprovado será um verdadeiro Código de Processo Coletivo, garantindo a autonomia desde novo ramo do direito processual, bem como servirá como um instrumento de proteção e efetivação do Estado Democrático de Direito.

No mais, o presente trabalho foi desenvolvido sob a metodologia do tipo bibliográfica e histórica, qualitativa.

No Capítulo 1, intitulado como Autonomia do Direito Processual Coletivo, buscou-se demonstrar que a dicotomia do direito processual, que o divide em direito processual penal e direito processual civil, encontra-se ultrapassada, sendo o processo coletivo um novo ramo do direito processual, verdadeiro instrumento de proteção e efetivação do Estado Democrático de Direito, que tem sua origem no Estado Social, surgindo no Brasil como um ramo autônomo com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, quando consagra no art.1º que à República Federativa do Brasil constitui-se um Estado Democrático de Direito e no art.5º, como direitos fundamentais a garantia do acesso à justiça e a proteção coletiva de direitos. E que como ramo autônomo que é divide-se em direito processual coletivo comum e direito processual coletivo especial. Sendo este voltado para o controle de constitucionalidade, não objeto de estudo neste trabalho e aquele, objeto de estudo, é voltado para a tutela jurisdicional do direito subjetivo coletivo comum em sentido próprio, ou seja, busca a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, através de instrumentos próprios, seja no plano constitucional, citando a ação popular e ação civil pública, seja no plano infraconstitucional através do chamado microssistema da tutela jurisdicional coletiva.

O capítulo 2 trata da natureza jurídica do direito processual coletivo, quanto ao seu objeto formal como sendo de direito processual constitucional, fundamentado na própria Constituição Federal, já que esta traz disposições constitucionais que estabelecem toda ideia

de instrumentalidade processual, ou seja, regras sobre a estrutura jurisdicional; distribuição de competências; controle de constitucionalidade das leis; espécies de ações e medidas cabíveis; e regras de legitimação das ações coletivas.

O capítulo 3 traz o objeto material do direito processual coletivo, compreendido como os direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, cujos conceitos são extraídos do artigo 81, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor. Tratando ainda da vedação nas ações coletivas de veiculação das pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

O capítulo 4 traz os princípios do direito processual coletivo, que são analisados na sua função normativa e de razões para as regras, de modo que a correta orientação e compreensão da tutela coletiva passam, justamente, por compreender todo ordenamento à luz dos princípios, que são verdadeiras premissas metodológicas característico da própria essência do microsistema processual coletivo.

O capítulo 5 trata do microsistema processual coletivo, compreendido pelas já mencionadas Lei de Ação Civil Pública e pelo Código de Defesa do Consumidor, que formam o verdadeiro núcleo deste microsistema, sendo que aplica-se a este, apenas de forma subsidiária, o Código de Processo Civil.

O capítulo 6 analisa o sentido do direito processual coletivo e a problemática do acesso à justiça em relação ao direito dos massificados, passando pela evolução metodológica dos direitos fundamentais, em que os direitos coletivos encontram-se na terceira geração dos direitos fundamentais, e ainda pelas fases metodológicas do direito processual civil, sendo possível falar em direito processual coletivo a partir da fase instrumentalista, com o surgimento da segunda onda renovatória de acesso à justiça, idealizada por Cappelletti. E que a problemática dos conflitos de massa é justamente a falta ou a dificuldade de se garantir o acesso à Justiça.

O capítulo 7 dispõe sobre a necessidade da construção de uma teoria geral do processo coletivo e da necessidade de criação de um código de processos coletivos. A necessidade decorre de uma série de problemas de ordem prática na aplicação das normas hoje existentes, a exemplo de dúvidas sobre litispendência e regras de conexão, de modo que

a construção desta teoria asseguraria um conjunto de regras e princípios, próprios e comuns aplicáveis às diversas formas de tutela jurisdicional coletiva.

O capítulo 8 traz um panorama estrutural do direito processual coletivo brasileiro, de forma a construir uma verdadeira teoria geral, dentro do chamado microsistema coletivo, trazendo aspectos decorrentes da legitimidade para a propositura das ações coletivas, aspectos referentes à relação entre demandas coletivas e individuais, sobre o juízo competente para a propositura das ações coletivas, e questões atinentes à coisa julgada coletiva e a execução da sentença coletiva.

Por fim, o capítulo 9 traz breves considerações acerca do Projeto de Lei nº 5.139/09 e as principais alterações que ele trará no ordenamento hoje vigente. Acreditamos que com sua aprovação tenhamos um diploma regulador das demandas coletivas, um verdadeiro Código de Processo Coletivo, evitando assim, atos abusivos do Poder Público a fim de inibir a tutela dos interesses metaindividuais, garantindo, desta forma a proteção e a efetivação do Estado Democrático de direito.

1. AUTONOMIA DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO

A clássica divisão da teoria geral do processo que biparte esse em processo civil e processo penal, não mais se presta na tutela dos direitos hoje existentes, principalmente no que tange aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. O direito processual coletivo surge como um novo ramo do direito processual, tendo natureza, dignidade e berço constitucional, possuindo principologia e regras próprias, sendo verdadeiramente um instrumento de proteção e efetivação do Estado Democrático de Direito.

1.1. Instrumento de proteção e efetivação do estado democrático de direito

Para entender o direito processual coletivo como instrumento de proteção e efetivação do Estado Democrático de Direito, a priori se faz necessário passar pela evolução do Estado, não no que tange a sua natureza e sua origem e sim da passagem do Estado Absolutista para o atual Estado Democrático de Direito.

Finda a Idade Média, com a decaída do sistema feudal, surge como decorrência da necessidade de se manter a unidade territorial dos reinos o Absolutismo Monárquico, como meio de transição para o Estado Moderno. Fundado na teoria do direito divino dos reis², a

² “Segundo esta teoria, o Estado foi fundado por Deus, através de um ato concreto de manifestação de sua vontade. O rei é ao mesmo tempo sacerdote, representante de Deus na ordem temporal e governador civil” (MALUF, Sahid, 1914-1975. *Teoria geral do Estado*. 26. ed. atual. Pelo Prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. São Paulo: Saraiva 2003, p.60).

autoridade do soberano era considerada como de natureza divina e proveniente diretamente de Deus. Nessa concepção, a palavra do Rei era lei e escassos eram os direitos individuais, nem tão pouco era possível se falar em direitos sociais.

Passado pelo Estado Absolutista surge na Inglaterra o Estado Liberal de Direito, tendo sua origem no *Bill of Rights*³, cuja concepção era pautada por uma filosofia liberal individualista, tendo como fórmula conclusiva de que “os homens nascem livres e iguais em direitos; a única forma de poder que reveste de legitimidade é a que for estabelecida e reconhecida pela vontade dos cidadãos”⁴, possuindo como principais características do Estado liberal de direito a supremacia da constituição, a separação dos poderes, a superioridade da lei e a garantia dos direitos individuais. De modo que o Estado Liberal de Direito era voltado na proteção do indivíduo contra o Estado, focado nas chamadas “liberdades negativas”⁵, sendo impossível, dessa forma, cogitar na existência de um direito processual coletivo, já que a tutela jurisdicional era voltada exclusivamente para indivíduo isoladamente considerado.

Ocorre que o Estado Liberal não se mostrava mais suficiente, nos dizeres de Sahid Maluf: “[...]o liberalismo que se apresentara perfeito na teoria bem cedo se revelou irrealizável por inadequado à solução dos problemas reais da sociedade. Converteu-se no reino da ficção, com cidadãos teoricamente livres e materialmente escravizados”⁶. Ainda complementa o citado autor:

A revolução industrial apresentara ao mundo um novo tipo de homem até então desconhecido: o operário de fábrica. O aparecimento das máquinas produziu o desemprego em massa. Cada nova máquina introduzida na organização industrial jogava à rua centenas de milhares de empregados. O trabalho humano passa a ser negociado como mercadoria, sujeito à lei da oferta e da procura. O operário se vê

³ A respeito esclarece MALUF, Sahid: “ O próprio termo liberalismo tem a seguinte origem: O segundo *Bill of Rights* que o Parlamento impôs à Coroa, em 1689, em um dos seus treze artigos que estabeleciam os princípios da liberdade individual, especialmente de ordem religiosa, autorizava o porte de armas pelos cidadãos ingleses que professavam a religião protestante, para que pudessem defender suas franquias constitucionais. Foi precisamente esse sistema de liberdade defendida pelas armas que recebeu, na época, a denominação de liberalismo” (*Teoria Geral do Estado*, 26 ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p.123).

⁴ MALUF, Sahid, 1914-1975. *Teoria geral do Estado*. 26 ed. atual. Pelo Prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. São Paulo: Saraiva 2003. p.129.

⁵ Explicando: “[...] tais direitos impõem restrições à atuação do Estado em prol da esfera de liberdade do indivíduo, exigindo um “não fazer” ao Estado, motivo pelo qual podem ser denominados de “liberdades negativas” ou direitos de defesa do indivíduo frente ao Estado”. PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. *Direitos Fundamentais – Legítimas Prerrogativas de Liberdade, Igualdade e Dignidade*. p. 4. Disponível em: < http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ae67daf5-7ca9-408c-93b6-b58186a81197>. Acesso em 09/04/2014.

⁶ MALUF, op.cit., p.130.

compelido a aceitar salários ínfimos e a trabalhar quinze ou mais horas por dia para ganhar o mínimo necessário à sua subsistência. A mulher deixa o lar e procura no trabalho das fábricas um reforço ao salário insuficiente do marido. As crianças não podem frequentar as escolas e são atiradas ao trabalho impróprio, prejudicial à sua formação física e moral, na luta pela subsistência que o pai não pode prover. E, assim, o liberalismo trazia mais no seu bojo, inconscientemente, a desintegração da família. Quando colhido pela doença ou pela velhice quase sempre precoce, outra alternativa não restava ao operário senão estender a mão à caridade pública. Por outro lado, o contraste era chocante: fortunas imensas se acumulavam nas mãos dos dirigentes do poder econômico; o luxo, a ostentação, a ânsia irrefreada de ganhar cada vez mais criaram o conflito entre as classes patronais e assalariadas. Organizaram-se as grandes empresas, os *trusts*, os cartéis, os monopólios e todas as formas de abuso do poder econômico, acentuando-se cada vez mais o desequilíbrio social. E o Estado Liberal a tudo assiste de braços cruzados, limitando-se a policiar a ordem pública. É o Estado-Polícia (*L'Etat Gendarme*). Indiferente ao drama doloroso da imensa maioria espoliada, deixa que o forte esmague o fraco, enquanto a igualdade se torna uma ficção e a liberdade uma utopia.

Diante da deficiência do Estado Liberal nasce o Estado Social de Direito, também denominado Estado do bem-estar, “*Welfare State*”, em que a lei passa a servir não apenas como instrumento de proteção dos indivíduos frente ao Estado, mas também passa a servir como instrumento de atuação concreta do Estado, consagrando, deste modo, as garantias coletivas.⁷

É com o surgimento do Estado Social que se tornou possível falar em direitos coletivos, sendo necessário a regulação e proteção dos interesses metaindividuais, compreendidos pelos interesses difusos e coletivos. O direito voltado unicamente para o indivíduo isoladamente considerado não se mostra mais suficiente, exigindo-se uma atuação do Estado frente a uma política de proteção de alguns direitos sociais, tais como um meio ambiente devidamente equilibrado, o direito do consumidor, a defesa das crianças e adolescentes, e a própria intervenção no domínio econômico, dentre outros.

Ocorre que este Estado Social também mostra-se deficitário, não se rompendo totalmente do Estado Liberal, tendo em vista que o sistema jurídico vigente é voltado totalmente para a tutela dos interesses individuais, não existindo mecanismos eficazes para resolver os conflitos sociais e de promover uma verdadeira transformação social, existindo, dessa forma, uma verdadeira crise de legitimidade na defesa de tais direitos.

⁷ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.52.

Nesse sentido ensina Gregório Assagra de Almeida:

O Estado não vem cumprindo com o seu dever, como se nota no Brasil em relação à efetivação dos direitos e garantias fundamentais, onde a Constituição pátria é considerada uma mera carta de intenção, o que faz gerar a crise de legitimação, que recai sobre o direito, como instrumento fundamental de regulação e transformação da sociedade.⁸

Rompendo-se os paradigmas até então firmados pelo Estado Liberal e pelo Estado Social de Direito, que nada mais era do que aquele numa roupagem diferente surge o Estado Democrático de Direito, possuindo como finalidade precípua a transformação da realidade social com a implantação da igualdade material.

É com “a concepção de Estado Democrático de Direito, como o Estado da *justiça material*, que se funda em uma sociedade democrática, legitimada pelo processo de incorporação de todo o povo nos meios de controle das decisões, e com a sua real participação nos rendimentos da produção”⁹.

Segundo ainda leciona Gregório Assagra de Almeida¹⁰:

A doutrina aponta como princípios do Estado Democrático de Direito: a) constitucionalidade, que se expressa pela vinculação do Estado a uma Constituição; b) organização democrática da sociedade, consistente na preservação da liberdade de participação social e política dos cidadãos e das entidades sociais emergentes; c) sistema de garantias de direitos fundamentais individuais e coletivos; d) justiça social; e) igualdade, não apenas formal, mas necessariamente, material; f) divisão de poderes ou funções; g) legalidade, especialmente para a exclusão do arbítrio e da prepotência; h) segurança e certeza jurídicas. Pode, ainda, ser acrescentado: i) o princípio da máxima prioridade de proteção e efetivação dos direitos transindividuais, no sentido de que o Estado, em todos os seus níveis, deve dar prioridade aos direitos sociais fundamentais da sociedade, como os relacionados ao meio ambiente, ao patrimônio público, cultural, cuja violação e falta de proteção, pelas consequências sociais produzidas, retiram o verdadeiro valor substancial da democracia e deslegitima, pela omissão, a atuação estatal.

⁸ Ibidem. p.55.

⁹ Ibidem. p. 57.

¹⁰ Ibidem. p. 57/58.

Assim, “é dentro do Estado Democrático de Direito, portanto, que se pode falar verdadeiramente da tutela dos interesses transindividuais e, conseqüentemente, em direito processual coletivo, como instrumento de transformação da realidade social colocado à disposição da ordem jurídico-constitucional democrática”¹¹. Nessa concepção, o Estado-jurisdição tem interesse no conhecimento do mérito do processo coletivo e ao Judiciário é dado o poder transformador da realidade social, sendo instrumento fundamental para a efetivação dessa sua nova função o direito processual coletivo.

1.2 Bipartição do direito processual coletivo

Diante hoje do fenômeno da “coletivização do processo”, o direito processual coletivo, como instrumento de proteção e efetivação do Estado Democrático de Direito, não pode mais se curvar as normas do direito processual civil comum, construído sobre um ideal liberalista e com bases individualistas, sendo certo que, nos dizeres de Gregório Assagra de Almeida,

A tentativa de utilização impensada dos institutos do direito processual civil clássico para dar resposta às tutelas jurisdicionais coletivas só resultou em barreiras à proteção dos direitos ou interesses primaciais à sociedade, o que flagrantemente contraria a concepção de Estado Democrático de Direito _ que é o Estado da Justiça Material ou também Estado da Transformação da Realidade Social _ adotada no art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil¹².

O surgimento do Direito Processual Coletivo, como um novo ramo do direito processual, surge no Brasil, com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988,

¹¹ Ibidem. p.58.

¹² Ibidem.p.138.

quando se consagra no art.1º que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de direito e no artigo 5º, como direitos fundamentais a garantia do acesso à justiça e a proteção coletiva dos direitos (proteção da defesa do consumidor) e quando se assegura, como remédios constitucionais a ação popular e o mandado de segurança coletivo. Além do grande avanço levado pela Carta Maior, no controle de constitucionalidade.¹³

Nítida é a autonomia do direito processual coletivo, deixando claro que a referida autonomia não nega a “unidade do direito processual, tendo em vista que esta unidade é preservada constitucionalmente pelo que em denominado direito constitucional processual”¹⁴, denominação esta que será estudada quando tratarmos da natureza jurídica do direito processual coletivo.

Sendo que para uma efetiva tutela jurisdicional de um interesse ou direito coletivo, necessário é a existência de um direito processual coletivo, já que se usados os instrumentos de proteção da tutela individual, estes se mostraram falhos, de modo que os direitos coletivos consagrados na Carta Maior, não sejam efetivados, restando apenas, como uma mera carta de intenções, tendo assim, uma falha da proteção e efetivação do Estado Democrático de Direito.

Logo, é no objeto desse novo ramo do direito processual, que este se biparte em direito processual coletivo especial e direito processual coletivo comum.

Sob o aspecto formal do objeto, o direito processual coletivo especial, detentor de instrumentos, regras e princípios que lhes são próprios se destina exclusivamente a tutela jurisdicional do direito objetivo coletivo. Melhor explico, seu objeto formal seria formado pela ação direta de constitucionalidade, pela ação declaratória de constitucionalidade e demais instrumentos processuais utilizados no controle concentrado de constitucionalidade. Ao passo que o objeto formal do direito processual coletivo comum, este assim como aquele, possui instrumentos, regras e princípios que lhe são próprios, destinando-se à tutela jurisdicional do direito subjetivo coletivo comum em sentido amplo, podendo citar como instrumentos constitucionais que lhes são próprio a ação popular (art.5º, LXXIII da CRFB/88), a ação civil pública (art.125,III da CRFB/88), e no plano infraconstitucional o chamado microsistema de tutela jurisdicional coletiva, formada basicamente pela Lei de Ação Civil Pública (art. 21 da Lei nº 7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (art. 90 da Lei nº 8.078/90).

¹³ *Ibidem*.p.138.

¹⁴ *Ibidem*.p. 138/139.

No plano material do objeto leciona Gregório Assagra de Almeida:

a) o objeto material do direito processual coletivo comum é a resolução das lides coletivas decorrentes dos conflitos coletivos que ocorrem no plano da concretude _ é portanto a proteção de direito coletivo subjetivo; b) já o direito processual coletivo especial tem como objeto material o controle em abstrato da constitucionalidade das leis – é a tutela jurisdicional exclusivamente do direito objetivo. Aqui não é correto falar-se em tutela jurisdicional de direito subjetivo, mas, sim, de interesse coletivo objetivo legítimo, tendo em vista que a tutela jurisdicional neste caso é objetiva e não subjetiva _ não se julga lide no controle concentrado de constitucionalidade das leis, mas se protege, no plano abstrato, a ordem constitucional contra as investidas normativas com ela incompatíveis [...]. Todavia, tanto no direito processual coletivo especial quanto no direito processual coletivo comum, o objeto material está relacionado com alguma espécie de interesse coletivo em sentido amplo. E mais: o direito processual coletivo especial e o direito processual coletivo comum são instrumentos fundamentais de proteção e de efetivação material do Estado Democrático de Direito. Por esses pontos comuns, dentre outros, é que eles se enquadram no direito processual coletivo como novo ramo do direito processual brasileiro¹⁵.

Feita a presente divisão do direito processual coletivo, necessário se faz explanar que o objeto de estudo do presente trabalho, será focado daqui em diante, no direito processual coletivo comum.

¹⁵ Ibidem. p.140/141.

2. NATUREZA JURIDICA DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988 tem no bojo do texto, apesar da existência da teoria material da Constituição¹⁶, normas tanto materiais como processuais. Sendo que aquelas provem ao direito parâmetros para realizar o controle da conduta intersubjetiva e estas “visam estabelecer condições para que tais parâmetros tenham congruência com os seus valores e princípios, seja no plano abstrato, seja no plano concreto, para que possam ser efetivados”¹⁷.

Como a Constituição Federal não pode ser uma mera carta de intenções, e sim um instrumento efetivo de proteção dos direitos e garantias fundamentais, e de limitação de poder, a Carta Maior traz em seu bojo normas de caráter eminente processuais, capazes de dar efetividade as normas materiais ali enunciadas, surgindo então na doutrina dois planos processuais, o direito constitucional processual e o direito processual constitucional.

Acerca desses dois planos já observava Gregório Assagra de Almeida:

A visão analítica das relações entre processo e Constituição revela ao estudioso ‘dois sentidos vetoriais’ em que elas se desenvolvem, a saber: a) no sentido de Constituição processo, tem-se ‘tutela constitucional’ deste e dos princípios que devem regê-lo, alçados a nível constitucional; b) no sentido processo-Constituição, a chamada ‘jurisdição constitucional, voltada ao controle de constitucionalidade das leis e atos administrativos e à preservação de garantias oferecidas pela Constituição (‘jurisdição constitucional das liberdades’), mais toda a ideia de instrumentalidade processual em si mesma, que apresenta o processo como sistema estabelecido para a realização da ordem jurídica, constitucional inclusive¹⁸.

¹⁶ Teoria esta segundo a qual a Constituição possui apenas comandos normativos substancialmente constitucionais, destinados apenas a trazer princípios, preceitos e normas.

¹⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago *Apud* ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Sobre a natureza processual da Constituição*, Revista de Processo, v.87, p.178-9.

¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel *Apud* ALMEIDA, Gregório Assagra de., *A instrumentalidade do processo*, p.25.

Gregório Assagra de Almeida¹⁹ conceituando o direito constitucional processual o entende como um conjunto de normas e princípios processuais, de natureza essencialmente constitucional, estabelecido na Constituição, para tutelar a essência e o espírito do direito processual, acrescentando ainda, que é dentro do direito constitucional processual que se fundamenta a unidade do direito processual, bem como a teoria geral do processo.

Já o direito processual constitucional, também denominado de jurisdição constitucional ou justiça constitucional, é conceituado ainda pelo referido autor como “o conjunto de disposições constitucionais que estabelecem regras sobre: a organização da estrutura jurisdicional; a distribuição de competência entre os respectivos órgãos jurisdicionais; o controle concentrado de constitucionalidade das leis”²⁰, estipulando ainda quais as espécies de ações e medidas cabíveis, prevendo formas de tutelas jurisdicionais diferenciadas, além de dispor sobre regras de legitimação, especialmente para as tutelas jurisdicionais coletivas.

Logo, diante da distinção traçada, sendo o direito processual coletivo um instrumento de proteção e de efetivação do Estado Democrático de Direito, pode-se enquadrá-lo quanto ao seu objeto formal, como tendo natureza jurídica de direito processual constitucional, razão pela qual ele é tido como um novo ramo do direito processual, fundamentado na própria Constituição Federal em especial nos seguintes dispositivos, segundo Gregório Assagra de Almeida²¹: o art. 1º que instituiu o Estado Democrático de Direito; o art.5º, XXXV, que passou a garantir o acesso amplo à justiça, seja para a tutela de direitos individuais, seja para a tutela de direitos ou interesses coletivos em sentido lato; o art.129,III, que deu dignidade constitucional à ação civil pública para a tutela de quaisquer direitos ou interesses difusos ou coletivos²²; e arts.102, I, a, parágrafos 1º e 2º, 103, e 125, parágrafo 2º, disposições constitucionais essas referentes ao controle concentrado da constitucionalidade das leis, e que é objeto do denominado direito processual coletivo especial.

¹⁹ ALMEIDA, op. cit., 2003. p.33

²⁰ Ibidem . p.34.

²¹ Ibidem. p.37.

²² Integrando assim o direito processual coletivo comum, objeto de estudo no presente trabalho.

3. OBJETO MATERIAL DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO

O direito processual coletivo comum visa a disciplinar a tutela dos interesses supra ou metaindividuais, assim compreendidos, como uma terceira categoria de interesses, não sendo públicos e nem privados.

Por interesse público, entende-se a contraposição do interesse do Estado ao do indivíduo e por interesse privado a contraposição entre os indivíduos, em seu inter-relacionamento.

Os interesses metaindividuais, também conhecidos como transindividuais ou interesses coletivos, em sentido lato, encontram-se em posição intermediária entre o interesse público e privado e são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas. São interesses que excedem o âmbito estritamente individual, mas não chegam propriamente a constituir interesse público²³.

O que o caracteriza sob o aspecto processual “é a circunstância de que a ordem jurídica reconhece a necessidade de que o acesso individual dos lesados à Justiça seja substituído por um acesso coletivo, de modo que a solução obtida no processo coletivo não apenas deva ser apta a evitar decisões contraditórias como, ainda, deve conduzir a uma solução mais eficiente da lide, porque o processo coletivo em proveito de todo o grupo lesado”²⁴.

Surge, necessariamente sua formação, da evolução dos fenômenos sociais na denominada “sociedade de massas”. Os interesses metaindividuais “são dotados de intensa conflituosidade, na medida que sempre refletem litígios entre valores de monta considerável, entre os quais torna-se imprescindíveis a formulação de opções”²⁵.

²³ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 22.ed. ver.ampl. e atual – São Paulo: Saraiva, 2009. p. 50.

²⁴ *Ibidem*.p.50/51.

²⁵ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. De acordo com a Lei nº 10.444/02. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.96.

Na clássica divisão de Barbosa Moreira²⁶, os interesses metaindividuais se subdividem em dois grandes grupos, os naturalmente coletivos e os acidentalmente coletivos, sendo que os primeiros caracterizam-se pela indivisibilidade do objeto, são os chamados interesses (direitos) difusos e os interesses (direitos) coletivos em sentido estrito. Já os acidentalmente coletivos, se caracterizam pela divisibilidade do objeto, são os chamados interesses (direitos) individuais homogêneos.

Nesse sentido a transcrição do texto em que Barbosa Moreira apresenta a mencionada distinção²⁷:

A nosso ver, dentro do âmbito acima delimitado, cabe estabelecer uma distinção importante. a) Em muitos casos, o interesse em jogo, comum a uma pluralidade indeterminada (e praticamente indeterminável) de pessoas, não comporta decomposição num feixe de interesses individuais que se justapusessem como entidades singulares, embora análogas. Há, por assim dizer, uma comunhão indivisível de que participam todos os interessados, sem que se possa discernir, sequer idealmente, onde acaba a quota de um e onde começa a de outro. Por isto mesmo instaura-se entre os destinos dos interessados tão firme união que a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todos; e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, ipso facto, lesão a inteira coletividade. Designaremos essa categoria pela expressão “interesses essencialmente coletivos”. b) Noutras hipóteses, é possível, em linha de princípio, distinguir interesses referíveis individualmente aos vários membros da coletividade atingida, e não fica excluída a priori a eventualidade de funcionarem os meios de tutela em proveito de uma parte deles, ou até de um único interessado, nem a de desembocar o processo na vitória de um ou de alguns e, simultaneamente, na derrota de outro ou de outros. O fenômeno adquire, entretanto, dimensão social em razão do grande número de interessados e das graves repercussões na comunidade; numa palavra: do “impacto de massa”. Motivos de ordem prática, ademais, tornam inviável, inconveniente ou, quando menos, escassamente compensadora, pouco significativa nos resultados, a utilização em separado dos instrumentos comuns de proteção jurídica, no tocante a cada uma das parcelas, consideradas como tais... Para distinguir do anteriormente descrito este gênero de fenômeno, falaremos, a seu respeito, de “interesses acidentalmente coletivos”. Tratando-se de interesses essencialmente coletivos, em relação aos quais só é concebível um resultado uniforme para todos os interessados, fica o processo necessariamente sujeito a uma disciplina caracterizada pela unitariedade. Já nos casos de interesses acidentalmente coletivos, uma vez que em princípio se tem de admitir a possibilidade de resultados desiguais para os diversos participantes, a disciplina unitária não deriva em absoluto de uma necessidade

²⁶ LEITE, Marcelo Daltro. *Interesses e Direitos Essencialmente e Acidentalmente Coletivos*. Disponível em: < http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=3faba29a-8656-4f5f-813cd781096b4c48&groupId=10136 >. Acesso em 09/04/2014.

²⁷ *Ibidem*.

intrínseca. Pode acontecer que o ordenamento jurídico, por motivos de conveniência, estenda a essa categoria, em maior ou menor medida, a aplicação das técnicas da unitariedade; esse, porém, é um dado contingente, que não elimina a diferença, radicada na própria natureza das coisas.

Deixando claro que o que determina se o direito é difuso, coletivo, ou individuais homogêneos é o tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a ação.

Gregório Assagra de Almeida, citando os ensinamentos de Antonio Gidi, observa que do art.81 do Código de Defesa do consumidor, “o legislador usou três critérios para definir direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. O primeiro critério é o *subjetivo*, em que se busca auferir a titularidade do respectivo direito ou interesse material. O segundo é *objetivo*, que diz respeito à divisibilidade ou não do direito material. E o terceiro é o critério *origem*, por intermédio do qual é auferida a origem do respectivo direito ou interesse material”²⁸.

Desse modo, dispõe assim o artigo 81, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor:

A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo ou 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.

Ressalta-se que a expressão direitos ou interesses coletivos, em sentido amplo, abrange as três categorias de direitos: os direitos ou interesses difusos, os direitos ou interesses coletivos em sentido restrito e os direitos ou interesses individuais homogêneos.

²⁸ GIDI, ANTONIO *Apud* ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p.22.

É preciso ainda trazer uma distinção esclarecedora quanto ao objeto material do direito processual coletivo apresentada por Teori Albino Zavaski, entre a defesa de direitos coletivos (difusos) e defesa coletiva de direitos, a saber:

Porém, é preciso que não se confunda defesa de direitos coletivos (e difusos) com defesa coletiva de direitos (individuais). Direito coletivo é direito transindividual (= sem titular determinado) e indivisível. Pode ser difuso ou coletivo *stricto sensu*. Já, os direitos individuais homogêneos são, na verdade, simplesmente direitos subjetivos individuais. A qualidade de homogêneos não desvirtua essa sua natureza, mas simplesmente os relaciona a outros direitos individuais assemelhados, permitindo a defesa coletiva de todos eles. “Coletivo”, na expressão “direito coletivo” é qualificativo de “direito” e por certo nada tem a ver com os meios de tutela. Já quando se fala em “defesa coletiva” o que se está qualificado é o modo de tutelar o direito, o instrumento de sua defesa.²⁹

Enfim, imperioso se faz agora a análise de cada categoria de direitos de forma isolada.

3.1 Direitos ou Interesses Difusos

O Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 81, parágrafo único, inciso I, traz a definição de interesses difusos: “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”.

Assim, os interesses difusos “compreendem grupos menos determinados de pessoas (melhor do que pessoas indeterminadas são antes pessoas indetermináveis), entre as quais

²⁹ ZAVASKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, v. 32, nº. 127, p.84.

inexiste vínculo jurídico ou fático preciso. São como um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que se encontram unidas por circunstâncias de fato conexas”³⁰.

Hugo Nigro Mazzilli vislumbra modalidades de interesses difusos:

Há interesses difusos: a) tão abrangentes que chegam a coincidir com o interesse público (como o do meio ambiente como um todo); b) menos abrangentes que o interesse público, por dizerem respeito a um grupo disperso, mas que não chegam a confundir-se com o interesse geral da coletividade (como os dos consumidores de um produto); c) em conflito com o interesse da coletividade como um todo (como os interesses dos trabalhadores na indústria do tabaco); d) em conflito com o interesse do Estado, enquanto pessoa jurídica (como o interesse dos contribuintes); e) atinentes a grupos que mantêm conflitos entre si (interesses transindividuais reciprocamente conflitantes, como os dos que desfrutam do conforto dos aeroportos urbanos, ou da animação dos chamados trios elétricos carnavalescos, em oposição aos que se sentem prejudicados pela correspondente poluição sonora)³¹.

Desse modo, pode-se concluir que os interesses difusos “são aqueles metaindividuais, que, não tendo atingido seu grau de agregação e organização necessário à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo, podendo certas vezes concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido. Suas características essenciais são a indeterminação dos sujeitos, a indivisibilidade do objeto, a intensa litigiosidade interna (confronto entre interesses de massa, contrapondo entre si grupos antagônicos, contrariamente ao conflito tradicional entre indivíduo e autoridade, refletindo verdadeiras escolhas políticas), e, finalmente, a tendência à mutação no tempo e no espaço”³².

Sobre o aspecto subjetivo, referente à titularidade dos interesses ou direitos massificados, interessante é o posicionamento de Antonio Gidi, trazido por Gregório Assagra de Almeida³³:

³⁰ MAZZILLI, op. cit., p. 53.

³¹ Ibidem. p. 53.

³² LEONEL, op. cit., p.105.

³³ ALMEIDA, op. cit., 2003. p.488.

É imperativo observar que, ao contrário do que se costuma afirmar, não são vários, nem indeterminados, os titulares (sujeitos de direito) dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Há apenas um único titular _ e muito bem determinado: uma comunidade no caso dos direitos difusos, uma coletividade no caso dos direitos coletivos ou um conjunto de vítimas indivisivelmente considerado no caso dos direitos individuais homogêneos. Assim, afigura-se-nos de todo despiciendo o questionamento pirandelliano que se põe Mauro Cappelletti de tais direitos superindividuais seriam ‘interesses em busca de um titular’.

3.2 Direitos ou interesses coletivos em sentido estrito

Assim como os interesses difusos, o Código de Defesa do Consumidor dispõe acerca do conceito de interesses coletivos em sentido estrito, em seu artigo 81, parágrafo único, inciso II: “Interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos desse 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”.

Nos chamados direitos coletivos em sentido estrito os titulares do direito são determináveis. Isto é, para a verificação da existência de um direito coletivo não há a necessidade de se apontar concretamente um titular específico e real. Todavia, esse titular é facilmente determinado, a partir da verificação do direito em jogo.³⁴

Os sujeitos nos interesses coletivos são ligados por duas relações jurídicas-base: a primeira é aquela em que os titulares do direito estão ligados entre si por uma relação jurídica, a segunda é aquela em que os titulares do direito estão ligados com o sujeito passivo, causador do dano, por uma relação jurídica.

O objeto aqui protegido é indivisível e diz respeito à coletividade de consumidores como um todo e não apenas a um particular de forma individual.

³⁴ MAZZEI, Rodrigo e NOLASCO, Rita Dias (Coordenadores). *Processo Civil Coletivo* – São Paulo: Quartier Latin, 2005. texto: *As ações coletivas e as definições de direito difuso, coletivo e individual homogêneo*. NUNES, Rizzato. p. 89.

Deste modo, as notas identificadoras dos interesses coletivos são: mínimo de organização, a fim de que tenham a coesão e a identificação necessárias; a afetação destes interesses a grupos determinados ou determináveis, que são os seus portadores, *ente esponenziali*; vínculo jurídico básico, comum a todos os integrantes do grupo, que lhes confere uma situação jurídica diferenciada. São exemplos de tais grupos os sindicatos, as associações, a família, os partidos políticos etc.

3.3 Direitos ou interesses individuais homogêneos

Não diferente dos anteriores, o Código de Defesa do Consumidor também traz o conceito de interesses individuais homogêneos, em seu artigo 81, parágrafo único, inciso III, que assim dispõe: “interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

Os sujeitos nos interesses (direitos) individuais homogêneos são mais de um e determinados. Mais de um porque se for um só o Direito é individual simples e, determinado porque neste caso, como o próprio nome diz, apesar de homogêneo, o direito é individual. Não se trata, pois de litisconsórcio e sim de Direito Coletivo.³⁵

Aqui o objeto é divisível. A origem é comum e atingiu a todos os titulares determinados do Direito Individual Homogêneo, mas o resultado real da violação é diverso para cada um, de tal modo que se trata de objeto que se cinde, que é divisível.³⁶

A inserção dos direitos individuais homogêneos ao processo coletivo se dá pelo fato, de muitas vezes, a lesão individualmente considerada ser ínfima, que embora o autor da demanda saísse vitorioso, o custo processual e honorário advocatícios não compensariam a

³⁵ GENRO, Tarso Fernando Herz, Projeto de Lei n 5.129/2009, Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências. disponível em: <http://www.camara.gov.br/Sileg/Prop_Detalhe.asp?id=432485> acesso em 10 de Setembro de 2013.

³⁶ NUNES, Rizzato. texto: *As ações coletivas e as definições de direito difuso, coletivo e individual homogêneo*. MAZZEI, Rodrigo e NOLASCO, Rita Dias (Coordenadores). Processo Civil Coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 91.

vitória. Ocorre que várias pessoas sofrendo a mesma lesão, esta não seria considerada ínfima, merecendo, pois, a tutela coletiva adequada a fim de dar a cada indivíduo o que é seu e responsabilizar os causadores da lesão.

A doutrina aponta cinco razões para que se dê tratamento coletivo às pretensões individuais: a) para conseguir a molecularização dos conflitos; b) economia processual, o poder judiciário funcionaria melhor; c) redução de custos processuais e advocatícios; d) evitar decisões contraditórias; e) aumento do acesso à justiça;

Deste modo, pode-se concluir que “nos interesses individuais homogêneos, os titulares são determinados ou determináveis, e o objeto da pretensão é divisível (isto é, o dano ou a responsabilidade se caracterizam pela extensão divisível ou individualmente variável entre os integrantes do grupo)”³⁷.

Interessante notar que umas das problemáticas que envolve a admissibilidade processual para a apreciação do mérito das demandas coletivas é pertencente à legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de ações coletivas que envolvam os direitos individuais homogêneos. Explorando tal controvérsia merece destaque as lições de Gregório Assagra de Almeida, trazendo os posicionamentos contra e a favor da legitimação do Ministério Público para a tutela de tais direitos:

Rodolfo Mancuso descreve as restrições gizadas na doutrina e jurisprudência acerca da legitimidade do MP, quando se trata de direitos ou interesses individuais homogêneos, sintetizando-as: ‘a) que a CF, na parte reservada ao MP, fala em interesses difusos e coletivos, não se referindo, ao menos nomeadamente, a ‘individuais homogêneos’; b) que o texto constitucional, quando legitima o MP à defesa dos interesses individuais, acrescenta o quantitativo ‘indisponíveis’; c) que a isolada circunstância do número porventura expressivo de sujeitos abrangidos num dado interesse ‘individual homogêneo’ não seria motivo suficiente para imprimir a nota da ‘relevância social’, de onde pudesse exsurgir a legitimação do *parquet*’. Não assiste razão a nenhum desses argumentos. O primeiro deles cai por terra somente pelo fato de que o CDC é de vigência posterior à Constituição de 1988, e como é nova categoria dos direitos ou interesses individuais homogêneos, não havia como estar prevista no texto constitucional. O texto constitucional fala em interesses sociais e individuais indisponíveis. Quando o Ministério Público atua na defesa de interesses individuais homogêneos, está ele, na verdade, materializando demanda única, que visa garantir e facilitar o acesso à justiça aos interessados; está presente, portanto, o interesse social que

³⁷ MAZZILLI, op. cit.,p. 56.

o legitima _ o que reforça esse aspecto quando se trata de relações de consumo, já que todas as normas do CDC são, por disposição expressa desse diploma (art.1º), *de ordem pública e de interesse social*. É de observar que o próprio texto constitucional diz que o Ministério Público poderá exercer outras funções compatíveis com sua finalidade, o que não deixaria de ser a defesa dos direitos individuais homogêneos, que é pautada pelo interesse social, justificado pela finalidade de eliminar, com menos dispêndio para o Estado, os conflitos de origem comum³⁸.

Favorável à legitimação do Ministério Público para defesa em juízo dos direitos individuais homogêneos já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça no informativo nº 516³⁹:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A DEFESA DE DIREITOS DOS CONSUMIDORES ATINENTES À INSCRIÇÃO DE SEUS NOMES EM CADASTROS DE INADIMPLENTES.

O Ministério Público tem legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública com o objetivo de impedir o repasse e de garantir a exclusão ou a abstenção de inclusão em cadastros de inadimplentes de dados referentes a consumidores cujos débitos estejam em fase de discussão judicial, bem como para requerer a compensação de danos morais e a reparação de danos materiais decorrentes da inclusão indevida de seus nomes nos referidos cadastros. A Lei n. 7.347/1985, que dispõe sobre a legitimidade do MP para a propositura de ação civil pública, é aplicável a quaisquer interesses de natureza transindividual, tais como definidos no art. 81 do CDC, ainda que eles não digam respeito às relações de consumo. Essa conclusão é extraída da interpretação conjunta do art. 21 da Lei n. 7.347/1985 e dos arts. 81 e 90 do CDC, os quais evidenciam a reciprocidade e complementaridade desses diplomas legislativos, mas principalmente do disposto no art. 129, III, da CF, que estabelece como uma das funções institucionais do MP “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”. Mesmo no que se refere aos interesses de natureza individual homogênea, após grande discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da legitimação processual extraordinária do MP, firmou-se o entendimento de que, para seu reconhecimento, basta a demonstração da relevância social da questão. Nesse sentido, o STF pacificou o tema ao estabelecer que, no gênero “interesses coletivos”, ao qual faz referência o art. 129, III, da CF, incluem-se os “interesses individuais homogêneos”, cuja tutela, dessa forma, pode ser pleiteada pelo MP. O STJ, na mesma linha, já decidiu que os interesses individuais homogêneos são considerados relevantes por si mesmos, sendo desnecessária a comprovação dessa relevância. Ademais, além da grande importância política que possui a solução jurisdicional de

³⁸ ALMEIDA, op.cit., 2003. p.494.

³⁹BRASIL. Informativo nº 516 do Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Nancy Andrighi, REsp 1.148.179-MG, julgado em 26/2/2013. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>: acesso em 30 de setembro de 2013.

conflitos de massa, a própria CF permite a atribuição de outras funções ao MP, desde que compatíveis com sua finalidade (art. 129, IX). Em hipóteses como a discutida, em que se vise à tutela de um determinado número de pessoas ligadas por uma circunstância de fato, qual seja, a inclusão de seu nome em cadastros de inadimplentes, fica clara a natureza individual homogênea do interesse tutelado. Outrossim, a situação individual de cada consumidor não é levada em consideração no momento da inclusão de seu nome no cadastro, bastando que exista demanda judicial discutindo o débito, o que evidencia a prevalência dos aspectos coletivos e a homogeneidade dos interesses envolvidos. Assim, não se pode relegar a tutela de todos os direitos a instrumentos processuais individuais, sob pena de excluir da proteção do Estado e da democracia aqueles cidadãos que sejam mais necessitados, ou possuam direitos cuja tutela seja economicamente inviável sob a ótica do processo individual. **REsp 1.148.179-MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 26/2/2013.**

Logo, presente o interesse social, o Ministério Público está legitimado à defesa de interesses individuais homogêneos que tenham expressão para a coletividade.

3.4 Vedação imposta pelo artigo 1º, parágrafo único da Lei de Ação Civil Pública

Dispõe o artigo 1º, parágrafo único da Lei de Ação Civil Pública que “não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados”.

Trata-se de dispositivo inserido por repetitivas medidas provisórias do Governo Federal (Med. Prov, ns. 1.984-25/00, 2.102-26/00 e 2.180-35/01) eivadas de inconstitucionalidade, que vedam o acesso coletivo à jurisdição em materiais que o governo federal não tinha interesse em ver resolvidas, como é o caso das questões tributárias e as questões relacionadas ao FGTS.

A presente regra afronta a Constituição seja em relação ao direito constitucional de acesso à justiça (art. 5º, XXXV), seja em relação ao princípio constitucional da não-taxatividade ou da não-limitação do objeto material da ação civil pública, consagrado expressamente no art. 129, III, da CF/88.⁴⁰

Porém embora inconstitucional tal vedação, a mesma ainda é aplicada pelos tribunais superiores, de modo a impossibilitar a discussão desses temas em juízo, que só podem ser suscitadas em demandas individuais, acumulando no judiciário demandas repetitivas, quando, na verdade, poderiam ser tratadas por meio de uma única ação coletiva.

⁴⁰ BANDARRA, Leonardo Azevedo. Parecer do CNPG ao PL 5139/2009. disponível em: http://www2.mp.pr.gov.br/direitoshumanos/cpcc_par01.php, incluído em 30/6/2009 . Acesso em 30 de setembro de 2013, p.7

4. PRINCÍPIOS DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO

Cada sistema processual se calca em alguns princípios que se estendem a todos os ordenamentos e em outros que lhes são próprios e específicos. É do exame dos princípios gerais que informam cada sistema que resultará qualificá-lo naquilo que tem de particular e de comum com os demais, do presente e do passado.⁴¹

Ensina Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.⁴²:

A teoria dos princípios cresceu muito em importância na última metade do século XX. A positivação dos princípios nas constituições modernas, como uma forma de assegurar a presença de normas de justiça, teve um importante papel nessa realidade. Isto porque se abandonou por completo a antiga limitação dos princípios como normas subsidiárias, normas de aplicação residual. Os princípios são normas, não se pode mais questionar a sua vinculatividade imediata, indicam comportamentos que devem ser.

Os princípios da tutela jurisdicional coletiva serão analisados na sua função normativa e de razões para as regras.

A correta orientação e compreensão da tutela coletiva passam, justamente, por compreender todo o ordenamento à luz dos princípios, que são verdadeiras premissas metodológicas, característico da própria essência do microsistema processual coletivo.

Os princípios, sob a perspectiva normativa, tem aplicação imediata, regulam situações concretas, da mesma maneira que as normas-regras, mas com elas não se confundem. “A nossa concepção de princípios procura identificar, os elementos que traduzem

⁴¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21.ed. São Paulo. Malheiros, 2005. p.52

⁴² DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil, Processo Coletivo*, vol. 4. 3. ed. Salvador: Podivm, 2008, p.99.

os valores (axiologia) da tutela coletiva, exercendo os princípios da tutela coletiva uma função de ‘princípios como razões para regras’ para além de sua imediata aplicação⁴³.

Insta frisar que, os princípios processuais coletivos não impedem ou afastam a observância dos princípios constitucionais fundamentais do direito processual no campo do direito processual coletivo, e sim, comprovam a aplicação daqueles nestes.

Dessa forma é importante mencionar o princípio constitucional democrático, base da tese que aqui se busca defender, ou seja, o processo coletivo como instrumento de proteção e efetivação do Estado Democrático de Direito, verdadeiro instrumento de transformação positiva da realidade social.

O princípio democrático é transformador da realidade social com justiça. Gregório Assagra de Almeida, citando Canotilho⁴⁴ diz que o princípio democrático é o princípio estruturante, por isso nele se fundamentam todos os demais princípios e regras constitucionais. Seria este princípio o resultado da reunião das reivindicações básicas fundamentais de toda a sociedade organizada.

Os princípios processuais possuem vigência e validade no âmbito da aplicação do direito, os princípios gerais da tutela coletiva, por sua vez, possuem o objetivo de ressaltar as grandes linhas políticas de interpretação e aplicação dos institutos do processo coletivo, devendo prevalecer em relação aos processos coletivos de todas as espécies e deverão estar sempre voltados para a obtenção do acesso à justiça material propugnado pela tutela constitucional do processo, tanto em matéria individual como coletiva.

Os princípios de direito processual coletivo ou decorrem da lei ou da interpretação que se faz do sistema, assim nem todos trazem previsão legal expressa, de modo que serão estudados adiante.

4.1 Princípio da indisponibilidade mitigada da Ação Coletiva:

⁴³ DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, op. cit., p.101.

⁴⁴ CANOTILHO *Apud* ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 277 e s.

Também conhecido como princípio da disponibilidade motivada e da proibição do abandono da ação coletiva⁴⁵ ou como princípio da indisponibilidade (temperada) da demanda coletiva cognitiva e princípio da continuidade do interesse da demanda coletiva.⁴⁶

Gregório Assagra de Almeida assim dispõe acerca deste princípio:

A desistência infundada ou o abandono da ação coletiva impõe o controle por parte de outros legitimados ativos e especialmente do Ministério Público (art. 5º, parágrafo 3º, da LACP) que deverá, quando infundada a desistência, assumir a titularidade da ação.⁴⁷

Segundo Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. existem três teorias sobre o controle da motivação da desistência ou não da continuidade pelo Ministério Público das ações coletivas.

Este princípio também denominado “princípio da disponibilidade motivada da ação coletiva”. Existem três teorias sobre o controle de motivação da desistência ou não continuidade pelo MP: a) aplica-se analogicamente o art.28 do CPP; b) aplica-se analogicamente o art.9º da LACP; c) aplica-se analogicamente o art. 267, III e VIII. O certo é que se o MP pode desistir da ação ou não continuar na ação, por identidade de razões não há obrigatoriedade nos recursos, podendo também desistir desse.⁴⁸

Assim, sendo a desistência oriunda do próprio *parquet*, e o juiz dela discordando, deverá ser aplicado por analogia o artigo 28 do Código de Processo Penal, o qual assim dispõe:

Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças

⁴⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação*. Belo Horizonte. Ed. Del Rey. 2007. p. 66.

⁴⁶ DIDIER JUNIOR; ZABETI JUNIOR, op. cit., p.132.

⁴⁷ ALMEIDA, op. cit. 2007, p. 66.

⁴⁸ DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, op. cit., p.121-122.

de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

Deve-se, portanto, encaminhar os autos ao Procurador-Geral, para que o mesmo tome a decisão mais adequada, não sendo admissível na tutela coletiva o abandono das ações interpostas, de modo a ocorrer a extinção do processo sem resolução do mérito. Neste sentido Assagra assim dispõe:

O abandono não é admissível, de sorte que não é compatível com o direito processual coletivo a extinção do processo sem julgamento do mérito com base no artigo 267, II ou III do CPC, de sorte, não é compatível também a ocorrência de preempção em sede de demandas coletivas.⁴⁹

Adotando-se a segunda teoria, na qual se aplica o art. 9º da Lei de Ação Civil Pública, convencido o Ministério Público, esgotada todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamentos para não propositura ou para não continuação da ação coletiva, deve promover o arquivamento do inquérito civil ou das peças informativas, bem como requerer a extinção sem resolução do mérito da ação já proposta, fazendo-o de forma fundamentada.

Quanto à aplicação da terceira teoria, que dispõe da aplicação analógica dos art. 267, inciso II e VIII do Código de Processo Civil, a mesma vai a confronto com a indisponibilidade do interesse público. Como as ações coletivas visam à tutela do interesse público, não é admissível que o abandono do autor coletivo autorizar a extinção automática do processo. Deve o Ministério Público assumir a ação coletiva, e analisar de forma motivada se é o caso da continuação ou não da mesma, discordando o magistrado do Ministério Público, deve-se, aplicar, analogicamente, o artigo 28 do Código de Processo Penal.

Aliado à ideia da indisponibilidade do interesse público nas ações coletivas, Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. dispõe que a obrigatoriedade no ajuizamento das ações coletivas deve ser mitigada:

⁴⁹ Ibidem. p. 66.

O processo coletivo vem contaminado pela ideia de indisponibilidade do interesse público. Esta indisponibilidade não é, contudo, integral, há uma 'obrigatoriedade temperada com a conveniência e a oportunidade' para o ajuizamento da demanda coletiva.⁵⁰

Assim a Ação Coletiva é indisponível, sua desistência não implica a extinção da ação, conforme ocorre no processo civil comum⁵¹ mais sim em sucessão.

A mitigação deste princípio está na possibilidade da desistência motivada da ação coletiva, quando esta é oriunda da transação, de modo que o interesse público ainda prevalece resguardado.

Atualmente este princípio encontra-se de forma expressa no artigo 9º da Lei de Ação Popular e artigo 5º, parágrafo 3º da Lei de Ação Civil Pública.

4.2 Princípio do interesse jurisdicional do conhecimento do mérito

Decorrente do fato do Poder Judiciário ser um órgão do Estado Democrático de Direito, e ter o compromisso de ser transformador da realidade social e por ser o guardião dos direitos e garantias constitucionais sociais fundamentais (arts. 1º, 2º, 3º e 5º, XXXV, da CF/88). Com base neste princípio o juiz deve flexibilizar os requisitos de admissibilidade processual para enfrentar o mérito do processo coletivo e legitimar a função social da jurisdição.⁵²

⁵⁰ Ibidem. p.132.

⁵¹ Haverá extinção do processo, sem resolução do mérito, quando o autor desistir da ação. Código de Processo Civil, artigo 267, inciso VIII.

⁵² ALMEIDA, op. cit., 2007, p. 66.

Busca-se, com esse princípio, não decidir em favor de uma das partes interessadas e sim, que toda a demanda coletiva possua uma resposta estatal, pois há a existência de um interesse coletivo que necessita de tutela ou de esclarecimento.

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr., trazem algumas facetas oriundas desde princípio, dentre os quais podemos citar: “o princípio da reparação integral do dano⁵³, o *fluid recovery*⁵⁴, a coisa julgada *secundum eventum probationis*⁵⁵, bem como em caso de ilegitimidade ativa no processo coletivo a aplicação sucessão processual^{56, 57}.

Assim, conclui-se que, observado o contraditório e não havendo prejuízo à parte, as formas do processo devem ser sempre flexibilizadas.

4.3 Princípio da indisponibilidade da execução coletiva

Também conhecido como princípio da obrigatoriedade da demanda coletiva executiva.

Tendo sido ajuizada a demanda coletiva e julgada procedente é dever do Estado efetivar esse direito coletivo *latu sensu*, cabendo o Ministério Público a efetivação sob pena das sanções previstas na legislação (artigo 15 da Lei de Ação Civil Pública).⁵⁸

O presente princípio também vem previsto no artigo 16 da Lei de Ação Popular e visa evitar subornos do autor da ação, assim, passando 60 dias do trânsito em julgado da ação, qualquer legitimado poderá executar e o Ministério Público terá o dever de fazê-lo.

⁵³ Segundo este princípio, mesmo que não tenha sido feito o pedido de condenação, este se retira da natureza da ação popular e da ação de improbidade administrativa, admitindo-se uma espécie de pedido implícito.

⁵⁴ Recuperação fluída, segundo o artigo 100 CDC, sendo que mesmo não havendo liquidação e execução da totalidade dos titulares dos direitos individuais homogêneos, a reparação deverá ser integral, com os valores auferidos para o FDD (Fundo de defesa de direitos difusos).

⁵⁵ Segue a premissa da legislação de que não haverá coisa julgada, poderá ser reproposta a demanda, quando o julgamento for improcedência por insuficiência de provas.

⁵⁶ Saindo a parte ilegítima e ingressando uma parte legítima, em vez de extinção do processo sem exame do mérito.

⁵⁷ DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, op. cit., p.130-131.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 133.

4.4 Princípio da prioridade na tramitação

Também conhecido como o princípio da máxima prioridade jurisdicional da tutela coletiva ou princípio da máxima prioridade da tutela jurisdicional coletiva comum.

Decorrente do artigo 5º, parágrafo 1º da CRFB/88 e da regra interpretativa do sopesamento como subespécie do princípio da proporcionalidade, a supremacia do interesse social (presente sempre no processo coletivo) sobre o particular (que é próprio do processo individual), justifica esse princípio e demonstra a sua relevância no direito processual coletivo.⁵⁹

Sempre existirá interesse social na tutela jurisdicional, razão pela qual, valendo-se da regra interpretativa do sopesamento, conclui-se que os processos coletivos devem ser analisados com a máxima prioridade, até porque o interesse social prevalece sobre o individual. O Poder Judiciário, assim como os operadores do Direito, devem atuar para priorizar a tramitação e o julgamento do processo coletivo.⁶⁰

Assim sendo, deve se observar a seguinte ordem preferencial:

1º: *Habeas Corpus*; 2º: Mandado de Segurança; 3º: *Habeas Data*; 4º: Ação Coletiva;

Trata-se de decorrência lógica do princípio da duração razoável do processo, inserido no rol das garantias fundamentais pela EC45/2004, que acrescentou ao artigo 5º o inciso LXXVIII, com o seguinte teor:

Art. 5º, LXXVIII: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Por duração razoável do processo deve-se entender que:

⁵⁹ ALMEIDA, op. cit., 2007, p. 64-65.

⁶⁰ MOREIRA, Alexandre Magno F. *Princípios do direito Processual Coletivo*. Disponível em: <<http://www.jusvox.com.br/mostraArtigo.asp?idNoticia=52>> Acesso em 30 de setembro de 2013.

O processo não deve demorar mais do que estritamente necessário para que se possam alcançar os resultados justos visados por força da garantia do devido processo legal. Deve, porém, o processo demorar todo o tempo necessário para que tal resultado possa ser alcançado. O processo excessivamente lento é incapaz de promover a justiça, pois justiça tarda, falha. De outro lado, o processo excessivamente rápido gera insegurança, sendo quase impossível que produza resultados justos.⁶¹

Nesse sentido ensina Carnelutti:

O processo dura; não se pode fazer tudo de uma única vez. É necessário ter paciência. Semeia-se, como faz o camponês, e se há de esperar para colher. Junto à atenção há de se colocar a paciência entre as virtudes necessárias ao juiz e às partes. Desgraçadamente, estas são impacientes por definição; impacientes como enfermos, pois sofrem também elas. Uma das funções dos defensores é inspirar-lhes a paciência. O slogan da justiça rápida e segura, que se encontra sempre nas bocas dos políticos enexpertos, contém, desgraçadamente, uma contradição in adiecto; se a justiça é segura não é rápida, se é rápida não é segura. Algumas vezes a semente da verdade leva anos, até mesmo séculos, para converter-se em espiga (*veritas filia temporis*).⁶²

4.5 Princípio do máximo benefício da tutela jurisdicional coletiva

Por meio da tutela jurisdicional coletiva, busca-se resolver, em um só processo, um grande conflito social ou inúmeros conflitos interindividuais, evitando-se nesse caso, a proliferação de ações individuais e a ocorrência de situações conflitivas que possam gerar o desequilíbrio e insegurança na sociedade⁶³ (artigo 103, parágrafos 3º e 4º do CDC).

O presente princípio autoriza o aproveitamento da coisa julgada coletiva benéfica para favorecer o indivíduo individualmente considerado.

⁶¹ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. V I. 15.ed. rev e atual. pela reforma do CPC. Lumes Júris: Rio de Janeiro, 2006, p. 59.

⁶² CARNELUTTI, Francesco. *apud*. CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. V I. 15.ed. rev e atual. pela reforma do CPC. Lumes Júris: Rio de Janeiro, 2006, p. 58-59.

⁶³ ALMEIDA, op. cit., 2007, p. 65.

Trata-se aqui do transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva, ou seja, a extensão da coisa julgada somente ocorrerá quando em benefício de vítimas ou seu sucessores, mas nunca em prejuízo de lesados individuais que não tenham intervindo no processo coletivo.⁶⁴

4.6 Princípio da máxima efetividade do processo coletivo ou do ativismo judicial

Esse princípio apresenta duas diretrizes, a primeira dispõe que no processo coletivo, como o interesse público é o primário, os poderes instrutórios do juiz são ainda mais acentuados (artigo 130 CPC), assim o juiz não só pode, como deve produzir prova de ofício, quando o mesmo perceber que a inércia do autor possa ser prejudicial. Já a segunda consiste na possibilidade de alteração da causa de pedir e do pedido até a sentença. Diferentemente do que ocorre no processo civil clássico, em que os artigos 264 e 294 do CPC⁶⁵ prevêm a estabilização do processo após a citação do réu, ocorre que tais artigos não são aplicados ao processo coletivo, em virtude do interesse público primário que ele protege.

4.7 Princípio da máxima amplitude, da atipicidade ou da não taxatividade do processo coletivo

Constitucionalmente garantido (artigo 5º, XXXV da CF/88), este presente princípio possui duas facetas, ao mesmo tempo que não se pode negar o acesso à justiça aos direitos coletivos novos, já que o rol do artigo 1º da Lei de Ação Civil Pública é

⁶⁴ MAZZILLI. Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 22.ed. ver.ampl. e atual – São Paulo: Saraiva, 2009. p. 578.

⁶⁵ Art. 264. Feita a citação, é defeso ao autor modificar o pedido ou a causa de pedir, sem o consentimento do réu, mantendo-se as mesmas partes, salvo as substituições permitidas por lei. Parágrafo único. A alteração do pedido ou da causa de pedir em nenhuma hipótese será permitida após o saneamento do processo. Art. 294. Antes da citação, o autor poderá aditar o pedido, correndo à sua conta as custas acrescidas em razão dessa iniciativa. Ambos do Código de Processo Civil Brasileiro.

expressamente aberto, quaisquer forma de tutela serão admitidas para a efetividade desses direitos, nos termos do que prevê o artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor.⁶⁶

Desse modo, qualquer direito ou interesse coletivo (art 5º, inciso XXXV, e 129, inciso III, da CRFB/88 e art. 1º, inciso IV, da LACP) poderá ser objeto de ação coletiva, não mais subsiste a regra da taxatividade, para efeitos de ajuizamento, por exemplo, da ação civil pública (art. 129, III da CRFB/88), como ocorreria no sistema anterior à atual Constituição e ao CDC.⁶⁷

Como decorrência lógica deste princípio qualquer ação poderá ser coletivizada.

4.8 Princípio da ampla divulgação da demanda

Através deste princípio é possível visualizar a característica democrática da tutela coletiva.

A ampla divulgação, que tem suas raízes na *fair notice* do direito norte-americano e possibilita a opção pela ação coletiva, ao invés da individual, aumentando o espectro da coisa julgada, bem como possibilitando a opção de suspensão do processo individual, nos termos do art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, para garantir o titular da demanda individual já ajuizada sua continuação, caso o processo coletivo não seja bem sucedido.⁶⁸

Assim, toda vez que for ajuizada uma Ação coletiva para a proteção de direitos individuais e homogêneos, a mesma deve ser divulgada, já que há vítimas e nada mais justo que tais vítimas decidam se entram com uma ação individual ou não, ou se intervêm no processo coletivo como litisconsórcio (artigo 94 CDC).

⁶⁶ DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, op. cit., p. 135-136.

⁶⁷ ALMEIDA, op.cit., 2007, p. 66.

⁶⁸ Ibidem, p. 131

4.9 Princípio da integratividade do livre sistema processual coletivo

Também conhecido como técnica do sistema legislativo aberto.

O artigo 21 da Lei de Ação Civil Pública e o artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor se interagem, formando um microsistema de normas gerais e básicas sobre o direito processual coletivo. Trata-se, pois, de normas de reenvio, um diploma manda aplicar o outro.

A Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor são o núcleo desse microsistema, que não é apenas formado por tais diplomas reguladores, sendo formado também de normas múltiplas de comunicação e influência subsidiária, como as normas processuais da Ação Popular, do Estatuto do Idoso, do Estatuto da Criança e do Adolescente, da Lei de Improbidade Administrativa etc.⁶⁹

Assim, o Código de Processo Civil terá apenas função residual, sendo aplicado de forma subsidiária, quando os diplomas acima descritos não trazerem dispositivos capazes de resolver o conflito no caso *in concreto* por se mostrarem omissos e deste que não contrariem as normas previstas no microsistema, nesse sentido dispõem o artigo 19 da Lei de Ação Civil Pública e o artigo 22 da Lei de Ação Popular:

Art. 19. Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições.

Art. 22. Aplicam-se à ação popular as regras do Código de Processo Civil, naquilo em que não contrariem os dispositivos desta lei, nem a natureza específica da ação.

Importante ressaltar que este sistema estabelece o devido processo legal coletivo:

⁶⁹ Ibidem, p.134.

[...]falar-se em devido processo legal, em sede de direitos coletivos *lato sensu*, é, inexoravelmente, fazer menção ao sistema integrado de tutela processual trazida pelo CDC e LACP (Lei 7.347/85)'. Quer dizer: 'caso não sejam observadas as regras e se parta para a aplicabilidade das regras ortodoxas liberais e individuais do processo civil clássico, haverá vício de invalidade processual possível de sanção de nulidade absoluta do processo coletivo por desrespeito ao princípio do devido processo legal.⁷⁰

4.10 Princípio da adequada representação ou do controle judicial da legitimação

Trata-se de princípio que impõe o controle judicial da adequada legitimação.

Ligado diretamente ao princípio da segurança jurídica, ao princípio do devido processo legal, bem como o da efetividade da tutela coletiva. Nessa perspectiva, procura fazer com que esteja a classe/grupo/categoria bem representada nas demandas coletivas, quer dizer, por um legitimado ativo ou passivo que efetivamente exerça o direito coletivo em sua plenitude e guie o processo com boa técnica e probidade.⁷¹

Há de falar aqui que os legitimados são fixos (artigo 5º da LACP e 82 CDC) e que possuem uma verdadeira presunção legal de representação adequada.

Discute-se, porém, se o juiz pode afastar a presunção legal de representação no caso concreto, de modo que duas posições são encontradas na doutrina, uma primeira dispondo que não há controle judicial da representação, conseqüentemente, se está no rol poderá ajuizar ações coletivas. Apresentando apenas uma exceção nos casos das associações, que se admitirá o controle judicial por meio da pertinência temática das mesmas. Assim, o controle do juiz é *ope legis*. E uma segunda posição que admite o controle judicial da representação de todos os legitimados, assim o controle seria *ope judicis*, aplicando a todos os legitimados e não apenas as associações. Tal controle se daria com base na pertinência temática, compreendida aqui,

⁷⁰ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *apud*. DIDIER JUNIOR, ZANETI JUNIOR, op. cit., p. 135.

⁷¹ DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, op. cit., p. 138.

como as finalidades institucionais do autor, assim, a título de exemplo temos, o Ministério Público, que poderia apenas ajuizar as ações coletivas que versarem sobre interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127 CF/88) e a Defensoria Pública caberia as ações coletivas que versassem sobre os interesses dos necessitados (artigo 134 CF/88).

Acerca dessas duas posições bem explicam Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.⁷²:

Há quem afirma, (...) que para a averiguação da legitimação coletiva, é suficiente o exame do texto da lei. Não poderia o magistrado, por exemplo, afirmar que um ente legalmente legitimado não tem, em determinado caso, o direito de conduzir o processo. Para essa doutrina, o legislador teria estabelecido um rol taxativo de legitimados, firmando uma presunção absoluta de que seriam “representantes adequados”, não cabendo ao magistrado fazer essa avaliação caso a caso. A verificação da *adequacy of representation* seria tarefa do legislador. A legitimação coletiva seria, pois, *ope legis*.

Há outros, porém, que, com base na experiência americana (art.23 das *Federal Rules*), admitem o controle judicial da “representatividade adequada”. Ou seja, permitem que o magistrado possa examinar e controlar a legitimação coletiva no caso concreto, conforme as características do legitimado. Nos Estados Unidos, geralmente, há exigência de que o legitimado seja um membro do grupo e apresente características próprias que lhe determinem como adequado representante do grupo. Para esses autores, a legitimação no Brasil, mesmo dos entes públicos, deveria passar por um filtro judicial, não basta a previsão legal da legitimação. Parte-se da seguinte premissa, que parece correta: não é razoável imaginar que uma entidade, pela simples circunstância de estar autorizada em tese para a condução do processo coletivo, possa propor qualquer demanda coletiva, pouco importando suas peculiaridades. É preciso verificar, a bem de garantir a adequada tutela destes importantes direitos, se o legitimado coletivo reúne os atributos que o tornem representante adequado para a melhor condução de determinado processo coletivo, devendo essa adequação ser examinada pelo magistrado de acordo com os critérios gerais, preferivelmente previamente estabelecidos ou indicados em rol exemplificativo, mas sempre à luz da situação jurídica litigiosa deduzida em juízo. Todos os critérios para a aferição da *representatividade adequada* devem ser examinados a partir do conteúdo da demanda coletiva.

⁷² Ibidem, p.210-211

5. MICROSSISTEMA PROCESSUAL COLETIVO E A APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Historicamente antes da Lei nº 7.347/85, denominada Lei de Ação Civil Pública, não podíamos cogitar no nosso ordenamento jurídico a existência de um microssistema próprio voltado para a tutela dos direitos coletivos. Tínhamos tão somente a Lei de Ação Popular (Lei nº 4717/65) que legitimava o cidadão para impugnar os atos ilegais e lesivos ao patrimônio público, bem como a Lei Complementar Federal nº40 de 1981, a denominada Lei Orgânica do Ministério Público, que previa em seu artigo 3º, III como uma das funções institucionais do Ministério Público o ajuizamento da ação civil pública.

Com a entrada em vigor da Lei de Ação Civil Pública ainda não era possível cogitar a existência do direito processual coletivo comum, apesar de ser inovadora a norma apresentada na defesa dos direitos metaindividuais, a mesma trazia um rol taxativo, limitando a atuação do Ministério Público a determinadas matérias, de modo que nem todos os direitos difusos e coletivos poderiam ser tutelados jurisdicionalmente.

Certo é que somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 se tornou possível falar no denominado direito processual coletivo, como um novo e autônomo ramo do direito processual, isso porque a norma maior em seu artigo 5º, XXXV ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, fez por eliminar a limitação da garantia do acesso a justiça somente a direitos individuais, bem como ao dispor no seu art. 129, III, como função institucional do Ministério Público o ajuizamento da Ação Civil Pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros direitos difusos e coletivos, veio por acabar com a taxatividade das hipóteses de ajuizamento da Ação Civil Pública, simplesmente por falta de recepção constitucional, já que a norma Constitucional alargou as hipóteses de ajuizamento ao mencionar “...outros direitos difusos e coletivos”.

É com o surgimento do Código de Defesa do Consumidor em 1990, juntamente com a Lei de Ação Civil Pública e a Constituição Federal que surge o microssistema processual coletivo para a tutela dos direitos metaindividuais, isso porque o diploma consumerista alterou a Lei de Ação Civil Pública de modo a prever que a ação civil pública poderá tutelar

também qualquer outro interesse difuso ou coletivo. Porém este microsistema não é formado tão somente por tais diplomas reguladores, integrando ao mesmo a Lei de Ação Popular (Lei nº 4.717/65), a Lei nº 7.853/89 que disciplinou a proteção das pessoas portadoras de deficiência, a Lei nº 7.983/89 que dispõe sobre a proteção dos investidores no mercado de valores mobiliários, a Lei nº 8.069/90 que tutela os interesses supra-individuais da criança e do adolescente, a Lei nº 8.429/92, que trata dos denominados atos de improbidade administrativa, a Lei nº 8.884/94 que dispõe acerca da defesa da ordem econômica e da livre concorrência e a Lei nº 8.625/93 a denominada Lei Orgânica do Ministério Público que tratou da legitimação da instituição para o processo Coletivo.

É através deste conjunto sistemático de normas que se forma o microsistema processual coletivo, com normas que interagem e se complementam, nesse sentido, Ricardo de Barros Leonel:

Adotando como critérios diferenciais o grau de importância da norma, sua abrangência e a completude da regulamentação nela contida, verifica-se a existência de um sistema integrado destinado à tutela dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos. No centro deste sistema, como vetores de princípios básicos, encontram-se o Código do Consumidor e a Lei de Ação Civil Pública, que se complementam e interagem recíproca e integralmente. Os outros diplomas integram esse mesmo sistema de forma secundária, tratando de particularidades de determinadas matérias. Todas estas demais leis são informadas igualmente pelos princípios da Lei de Ação Civil Pública e do Código do Consumidor.⁷³

O art. 21 da Lei 7347/85 determina a aplicação, à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, dos dispositivos processuais do CDC, enquanto o art.90 do CDC determina que aplicam-se às denominadas ações coletivas nele previstas as normas do Código de Processo Civil e da Lei da Ação Civil Pública, inclusive no que respeita ao inquérito civil, formando, destarte, um sistema integrado e interativo. Deste modo, a leitura correta dos referidos preceitos é de que as normas processuais das Leis 7.347/85 e 8.078/90 se interagem e complementam reciprocamente, sendo ambas subsidiadas pelo CPC. De outro lado, os demais diplomas do processo coletivo fazem menção à aplicação subsidiária da Lei 7.347/85: a Lei 7.853/89 (pessoas portadoras de deficiência) no art.7º; a Lei 7.913/89 (investidores do mercado de valores mobiliários) no art.3º; a Lei 8.069/90 (criança e adolescente) no art.224; a Lei 8.884/94 (abuso do poder econômico) no art.83, mencionando este último também à aplicação do Código do

⁷³ LEONEL, op.cit., p.148.

Consumidor. Desde modo, por interação, os dispositivos do CDC aplicam-se também aos últimos diplomas aqui mencionados.⁷⁴

No que for compatível, o microsistema processual coletivo, demanda a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, isso porque o Código de Processo Civil construído para ser instrumento de resolução das lides decorrentes das relações jurídicas materiais individuais disciplinadas pelo Código Civil 1916 (criado sob uma concepção liberal individualista), foi elaborado por uma concepção predominantemente pelo método técnico-jurídico⁷⁵, sendo certo que o método do direito processual coletivo brasileiro não é só técnico-jurídico do procedimentalismo científico, mas pluralista, decorrente de uma leitura do direito processual essencialmente constitucionalizada à luz da teoria dos direitos e garantias fundamentais composto de vários elementos, tais como o sistemático-teleológico, o político, o econômico, o histórico, o ético e o social, os quais formam um megaelemento: proteção pontencializada da Constituição e do Estado Democrático de Direito e a transformação da realidade social com Justiça⁷⁶.

Para ser possível a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil é necessária uma dupla compatibilidade, esclarecendo nesse sentido, Gregório Assagra de Almeida:

⁷⁴ Ibidem.

⁷⁵ Exposição de motivos do Código de Processo Civil, Item 5, do capítulo III, tópico I : “ Na elaboração do projeto tomamos por modelo os monumentos legislativos mais notáveis do nosso tempo. Não se veja nessa confissão mero espírito de mimetismo, que se compraz antes em repetir do que em criar, nem desapareço aos méritos de nosso desenvolvimento cultural. Um Código de Processo é uma instituição eminentemente técnica. E a técnica não é apanágio de um povo, senão conquista de valor universal. O processo civil é um instrumento que o Estado põe à disposição dos litigantes, a fim de administrar justiça. Não se destina a simples definição de direitos na luta privada entre os contendores. Atua, como já observara Betti, não no interesse de uma ou de outra parte, mas por meio do interesse de ambos. O interesse das partes não é senão um meio, que serve para conseguir a finalidade do processo na medida em que dá lugar àquele impulso destinado a satisfazer o interesse público da atuação da lei na composição dos conflitos. A aspiração de cada uma das partes é a de ter razão: a finalidade do processo é a de dar razão a quem efetivamente a tem. Ora, dar razão a quem a tem é, na realidade, não um interesse privado das partes, mas um interesse público de toda sociedade. Assim entendido, o processo civil é preordenado a assegurar a observância da lei; há de ter, pois, tantos atos quantos sejam necessários para alcançar essa finalidade. Diversamente de outros ramos da ciência jurídica, que traduzem a índole do povo através de longa tradição, o processo civil deve ser dotado exclusivamente de meios racionais, tendentes a obter a atuação do direito. As duas exigências que concorrem para aperfeiçoá-lo são a rapidez e a justiça. Força é, portanto, estruturá-lo de tal modo que ele se torne efetivamente apto a administrar, sem delongas, a justiça. As nações mais adiantadas não se pejaram de exaltar os méritos dos Códigos de outros países. Na França, tão ciosa de sua elevada cultura, Tissier reconheceu que o Código de Processo Civil da Áustria é “la meilleure procédure civile du continent”.

⁷⁶ ALMEIDA, op.cit., 2007. p.61.

[...]deve existir dupla compatibilidade, formal (inexistência de disposição legal sobre a matéria no direito processual coletivo comum) e material (a regra do CPC só será aplicável se não ferir o espírito do direito processual coletivo comum e, portanto, não colocar em risco a efetivação da tutela jurisdicional coletiva adequada). Se colocar em risco a efetividade do respectivo direito coletivo tutelado, essa aplicabilidade deverá ser rechaçada pelo operador do direito. Com efeito, observa-se que a aplicabilidade subsidiária do CPC no direito processual coletivo comum é limitada. Por exemplo: apesar de ser possível a ocorrência de litispendência entre duas ações coletivas, basta, para tanto, a identidade entre ambas quanto à causa de pedir e ao pedido, pois a diferença de partes poderá ser somente formal; não seria razoável a aplicabilidade fria do que dispõe o CPC em seu art.267, V, com a extinção, sem julgamento do mérito, de uma das ações coletivas. O mais razoável, para não se colocar em risco o interesse e direito coletivo que se visa tutelar, seria a reunião das ações coletivas propostas separadamente, a fim de que sejam decididas simultaneamente nos termos do art. 105 do CPC.⁷⁷

Desse modo, o direito processual coletivo é formado por um “um conjunto sistemático de normas, com peculiaridades, destinadas a fazer frente às adversidades inerentes à defesa dos interesses transindividuais em juízo, valendo-se complementar subsidiariamente dos institutos e regras do processo civil clássico. Fornece meios de tutela adequados às particularidades das relações da vida tuteladas, que são de cunho coletivo. A totalidade dessas normas acaba realmente formando um conjunto normativo que interage e se complementa, fornecendo a mais completa regulamentação para o trato jurisdicional das questões de índole coletiva”⁷⁸.

⁷⁷ ALMEIDA, op.cit., 2003. p.583

⁷⁸ LEONEL, op.cit., p.114.

6. COMPREENSÃO DO SENTIDO DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO E A PROBLEMÁTICA DO ACESSO À JUSTIÇA EM RELAÇÃO AOS DIREITOS DOS MASSIFICADOS

Para a compreensão do sentido do processual coletivo e a problemática do acesso à justiça em relação aos direitos dos massificados necessário se faz passar pela evolução histórica dos direitos fundamentais, bem como pelas fases metodológicas do direito processual civil.

A sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado de maturação histórica, o que também permite compreender que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas as épocas, não correspondendo, além disso, invariavelmente, na sua formulação, a imperativos de coerência lógica.⁷⁹

Os primeiros direitos fundamentais, assim compreendidos pelos direitos civis e políticos (Séc. XVIII e XIX), têm o seu surgimento ligado à necessidade de se impor limites e controles aos atos praticados pelo Estado e suas autoridades constituídas. Nasceram, pois, como uma proteção à liberdade do indivíduo frente à ingerência abusiva do Estado. Por esse motivo – por exigirem uma abstenção, um não-fazer do Estado em respeito à liberdade individual – são denominados direitos negativos, liberdades negativas, ou direitos de defesa. Pode-se dizer que aqui é que surge o Liberalismo, o Estado não envolvendo na economia.

Nesse sentido Paulo Gustavo Gonet Branco:

São os primeiros a ser positivados, daí serem ditos de primeira geração. Pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder. Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. São considerados indispensáveis a todos os homens, ostentando, pois, pretensão universalista. Referem-se a liberdades individuais, como a de consciência, de reunião, e à inviolabilidade de domicílio. São direitos em que não desponta a preocupação com desigualdades sociais. O paradigma de titular desses direitos é o homem individualmente considerado. Por isso, a liberdade

⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.135/136.

sindical e o direito de greve – considerados, então, fatores desarticulados do livre encontro de indivíduos autônomos – não eram tolerados no Estado de Direito liberal. A preocupação em manter a propriedade servia de parâmetro e de limite para a identificação dos direitos fundamentais, notando-se pouca tolerância para as pretensões que lhe fossem colidentes.⁸⁰

Os direitos econômicos e sociais (séc.XIX E XX) surgem em contrapartida aos direitos de primeira geração, o Estado passa a interferir na economia, para garantir o mínimo de economia contra o capital. Encontra-se aqui relacionados os direitos sociais, econômicos e culturais, bem como os trabalhistas. Conhecida como a geração das liberdades positivas, o Estado passa a atuar na proteção do indivíduo.

O princípio da igualdade de fato ganha realce nessa segunda geração de direitos fundamentais, a ser atendido por direitos a prestação e pelo reconhecimento de liberdades sociais – como a de sindicalização e o direito de greve. Os direitos de segunda geração são chamados de direitos sociais, não porque sejam direitos de coletividades, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social – na maior parte dos casos, esses direitos têm por titulares indivíduos singularizados.⁸¹

Assim, as gerações anteriores são relacionadas ao direito do indivíduo, mas existindo certos direitos que são da coletividade em que o indivíduo vive, necessário se faz a proteção de tais direitos. Surgem então os direitos fundamentais de terceira geração, são os chamados direitos de solidariedade ou fraternidade, que englobam o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos e a outros direitos difusos, que são, os interesses de grupos menos determinados de pessoas ou indetermináveis, sendo, que entre elas, não existe um vínculo jurídico ou fático.

Conclui Paulo Gustavo Gonet Branco:

Já os direitos chamados de terceira geração peculiarizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas da coletividade, de grupos.

⁸⁰ Ibidem. p.137

⁸¹ Ibidem.

Tem-se, aqui, o direito à, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural.⁸²

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Mandado de Segurança nº 22.164/SP⁸³, de relatoria do Min. Celso de Mello faz bem a distinção das gerações dos direitos fundamentais:

EMENTA: REFORMA AGRARIA - IMÓVEL RURAL SITUADO NO PANTANAL MATO-GROSSENSE - DESAPROPRIAÇÃO-SANÇÃO (CF, ART. 184) - POSSIBILIDADE- FALTA DE NOTIFICAÇÃO PESSOAL E PREVIA DO PROPRIETARIO RURAL QUANTO A REALIZAÇÃO DA VISTORIA (LEI N. 8.629/93, ART. 2., PAR. 2.) - OFENSA AO POSTULADO DO DUE PROCESS OF LAW (CF, ART. 5., LIV) - NULIDADE RADICAL DA DECLARAÇÃO EXPROPRIATORIA - MANDADO DE SEGURANÇA DEFERIDO. REFORMA AGRARIA E DEVIDO PROCESSO LEGAL. - O POSTULADO CONSTITUCIONAL DO DUE PROCESS OF LAW, EM SUA DESTINAÇÃO JURÍDICA, TAMBÉM ESTA VOCACIONADO A PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE. NINGUEM SERÁ PRIVADO DE SEUS BENS SEM O DEVIDO PROCESSO LEGAL (CF, ART. 5., LIV). A UNIÃO FEDERAL - MESMO TRATANDO-SE DE EXECUÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DO PROGRAMA DE REFORMA AGRARIA - NÃO ESTA DISPENSADA DA OBRIGAÇÃO DE RESPEITAR, NO DESEMPENHO DE SUA ATIVIDADE DE EXPROPRIAÇÃO, POR INTERESSE SOCIAL, OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE, EM TEMA DE PROPRIEDADE, PROTEGEM AS PESSOAS CONTRA A EVENTUAL EXPANSÃO ARBITRARIA DO PODER ESTATAL. A CLÁUSULA DE GARANTIA DOMINIAL QUE EMERGE DO SISTEMA CONSAGRADO PELA CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA TEM POR OBJETIVO IMPEDIR O INJUSTO SACRIFICIO DO DIREITO DE PROPRIEDADE. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E VISTORIA EFETUADA PELO INCRA. A VISTORIA EFETIVADA COM FUNDAMENTO NO ART. 2., PAR. 2. , DA LEI N. 8.629/93 TEM POR FINALIDADE ESPECIFICA VIABILIZAR O LEVANTAMENTO TECNICO DE DADOS E INFORMAÇÕES SOBRE O IMÓVEL RURAL, PERMITINDO A UNIÃO FEDERAL - QUE ATUA POR INTERMEDIO DO INCRA -CONSTATAR SE A PROPRIEDADE REALIZA, OU NÃO, A FUNÇÃO SOCIAL QUE LHE E INERENTE. O ORDENAMENTO POSITIVO DETERMINA QUE ESSA VISTORIA SEJA PRECEDIDA DE NOTIFICAÇÃO REGULAR AO PROPRIETARIO, EM FACE DA POSSIBILIDADE DE O IMÓVEL RURAL QUE LHE PERTENCE - QUANDO ESTE NÃO ESTIVER CUMPRINDO A SUA FUNÇÃO SOCIAL - VIR A CONSTITUIR OBJETO DE DECLARAÇÃO EXPROPRIATORIA, PARA FINS DE REFORMA AGRARIA. NOTIFICAÇÃO PREVIA E PESSOAL DA VISTORIA. A NOTIFICAÇÃO A QUE SE REFERE O ART. 2. , PAR. 2., DA LEI N. 8.629/93, PARA QUE SE

⁸² Ibidem. 137/138.

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Celso de Mello. MS 22164/SP, julgado em 30/10/1995, disponível em: < HTTP://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28gera%E7%E3o+dos+direitos+fundamentais%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/m2efpkg >, acesso em 06/05/2014.

REPUTE VALIDA E POSSA CONSEQUENTEMENTE LEGITIMA EVENTUAL DECLARAÇÃO EXPROPRIATORIA PARA FINS DE REFORMA AGRARIA, HÁ DE SER EFETIVADA EM MOMENTO ANTERIOR AO DA REALIZAÇÃO DA VISTORIA. ESSA NOTIFICAÇÃO PREVIA SOMENTE CONSIDERAR-SE-A REGULAR, QUANDO COMPROVADAMENTE REALIZADA NA PESSOA DO PROPRIETARIO DO IMÓVEL RURAL, OU QUANDO EFETIVADA MEDIANTE CARTA COM AVISO DE RECEPÇÃO FIRMADO POR SEU DESTINATARIO OU POR AQUELE QUE DISPONHA DE PODERES PARA RECEBER A COMUNICAÇÃO POSTAL EM NOME DO PROPRIETARIO RURAL, OU, AINDA, QUANDO PROCEDIDA NA PESSOA DE REPRESENTANTE LEGAL OU DE PROCURADOR REGULARMENTE CONSTITUIDO PELO DOMINUS. O DESCUMPRIMENTO DESSA FORMALIDADE ESSENCIAL, DITADA PELA NECESSIDADE DE GARANTIR AO PROPRIETARIO A OBSERVANCIA DA CLÁUSULA CONSTITUCIONAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, IMPORTA EM VÍCIO RADICAL. QUE CONFIGURA DEFEITO INSUPERAVEL, APTO A PROJETER-SE SOBRE TODAS AS FASES SUBSEQUENTES DO PROCEDIMENTO DE EXPROPRIAÇÃO, CONTAMINANDO-AS, POR EFEITO DE REPERCUSSÃO CAUSAL, DE MANEIRA IRREMISSIVEL, GERANDO, EM CONSEQUENCIA, POR AUSÊNCIA DE BASE JURÍDICA IDONEA, A PROPRIA INVALIDAÇÃO DO DECRETO PRESIDENCIAL CONSUBSTANCIADOR DE DECLARAÇÃO EXPROPRIATORIA. PANTANAL MATO-GROSSENSE (CF, ART. 225, PAR. 4.) -POSSIBILIDADE JURÍDICA DE EXPROPRIAÇÃO DE IMÓVEIS RURAIS NELE SITUADOS, PARA FINS DE REFORMA AGRARIA. - A NORMA INSCRITA NO ART. 225, PARAGRAFO 4., DA CONSTITUIÇÃO NÃO ATUA, EM TESE, COMO IMPEDIMENTO JURÍDICO A EFETIVAÇÃO, PELA UNIÃO FEDERAL, DE ATIVIDADE EXPROPRIATORIA DESTINADA A PROMOVER E A EXECUTAR PROJETOS DE REFORMA AGRARIA NAS AREAS REFERIDAS NESSE PRECEITO CONSTITUCIONAL, NOTADAMENTE NOS IMÓVEIS RURAIS SITUADOS NO PANTANAL MATO-GROSSENSE. A PROPRIA CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA, AO IMPOR AO PODER PUBLICO DEVER DE FAZER RESPEITAR A INTEGRIDADE DO PATRIMÔNIO AMBIENTAL, NÃO O INIBE, QUANDO NECESSARIA A INTERVENÇÃO ESTATAL NA ESFERA DOMINIAL PRIVADA, DE PROMOVER A DESAPROPRIAÇÃO DE IMÓVEIS RURAIS PARA FINS DE REFORMA AGRARIA, ESPECIALMENTE PORQUE UM DOS INSTRUMENTOS DE REALIZAÇÃO DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE CONSISTE, PRECISAMENTE, NA SUBMISSÃO DO DOMÍNIO A NECESSIDADE DE O SEU TITULAR UTILIZAR ADEQUADAMENTE OS RECURSOS NATURAIS DISPONÍVEIS E DE FAZER PRESERVAR O EQUILÍBRIO DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 186, II), SOB PENA DE, EM DESCUMPRINDO ESSES ENCARGOS, EXPOR-SE A DESAPROPRIAÇÃO-SANÇÃO AQUE SE REFERE O ART. 184 DA LEI FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DO DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO -DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO - PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE. - O DIREITO A INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE - TÍPICO DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO - CONSTITUI PRERROGATIVA JURÍDICA DE TITULARIDADE COLETIVA, REFLETINDO, DENTRO DO PROCESSO DE AFIRMAÇÃO DOS

DIREITOS HUMANOS, A EXPRESSÃO SIGNIFICATIVA DE UM PODER ATRIBUÍDO, NÃO AO INDIVÍDUO IDENTIFICADO EM SUA SINGULARIDADE, MAS, NUM SENTIDO VERDADEIRAMENTE MAIS ABRANGENTE, A PRÓPRIA COLETIVIDADE SOCIAL. ENQUANTO OS DIREITOS DE PRIMEIRA GERAÇÃO (DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS) - QUE COMPREENDEM AS LIBERDADES CLÁSSICAS, NEGATIVAS OU FORMAIS - REALÇAM O PRINCÍPIO DA LIBERDADE E OS DIREITOS DE SEGUNDA GERAÇÃO (DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS) - QUE SE IDENTIFICA COM AS LIBERDADES POSITIVAS, REAIS OU CONCRETAS - ACENTUAM O PRINCÍPIO DA IGUALDADE, OS DIREITOS DE TERCEIRA GERAÇÃO, QUE MATERIALIZAM PODERES DE TITULARIDADE COLETIVA ATRIBUÍDOS GENERICAMENTE A TODAS AS FORMAÇÕES SOCIAIS, CONSAGRAM O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE E CONSTITUEM UM MOMENTO IMPORTANTE NO PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO, EXPANSÃO E RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS, CARACTERIZADOS, ENQUANTO VALORES FUNDAMENTAIS INDISPONÍVEIS, PELA NOTA DE UMA ESSENCIAL INEXAURIBILIDADE. CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS.

Assim, como conclui Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “a primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, completaria o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade”⁸⁴.

A título de curiosidade, há em que se falar ainda, dos direitos fundamentais de quarta geração que são os chamados direitos da globalização, no qual podemos citar: a paz, o desenvolvimento econômico sustentável, em normas supranacionais de proteção ao meio ambiente, dentre outros.

Quanto às fases metodológicas do direito processual civil essas são três, a saber: Fase Sincretista ou Civilista / Privatista ou Imanentista; Fase Autonomista, Conceitual, Procedimentalismo científico e a Fase Instrumentalista, fase do direito processual de resultados ou de efetividade do processo ou do acesso à justiça.⁸⁵

Na fase sincretista, compreendida pelo período que vigorou Direito Romano até meados de 1868, o processo era considerado simples meio de exercício de direitos. A ação era entendida como sendo o próprio direito subjetivo material que, uma vez lesado, adquiria forças para obter em juízo a reparação da lesão sofrida. Não se falava aqui, da autonomia da relação jurídica processual em face da relação jurídica de natureza substancial eventualmente

⁸⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves *apud*. MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 19. ed. Atual. até a EC n. 48/05. Editora Atlas S.A – 2006. Direitos Humanos Fundamentais. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 57.

⁸⁵ ALMEIDA, *op.cit.*, 2007, p.21

ligando os sujeitos do processo. O Direito Processual não era considerado um ramo autônomo. Este período sincretista prevaleceu por grande período, modificando tal entendimento quando os alemães começaram a especular a natureza jurídica da ação no tempo moderno e acerca da própria natureza jurídica do processo.⁸⁶

A fase autonomista, que se originou a partir do livro de Oskar Von Bulow, *Die Lehre Von den Prozesseirenden und die Processvoraussetzungen* – A teoria das Exceções Processuais e os Pressupostos Processuais, do ano de 1868, trava-se na história polêmica entre dois romanistas alemães, Windscheid e Muther, acerca da *actio* romana e do sentido que devia ser emprestado modernamente à ação, o qual se pretendia tornar clara aos juristas a existência de uma relação jurídica processual distinta da relação jurídica material que as partes trazem para ser apreciada pelo juiz, perdurando tal fase até os meados de 1950.⁸⁷

Essa fase autonomista foi marcada pelas grandes construções científicas do direito processual. Surgiram aqui as grandes teorias processuais, especialmente sobre a natureza jurídica da ação e do processo, as condições daquela e os pressupostos processuais, erigindo-se definitivamente uma ciência processual. O direito processual passa a ser considerado um ramo autônomo do Direito, integrando ao direito público.

Vale a pena ressaltar que, nesta fase, não havia preocupação com questões relativas ao acesso à justiça, à efetividade do processo: os pobres e a coletividade massificada, na condição de titular dos direitos ou interesses transindividuais, ficavam fora da preocupação e dos estudos processualistas.

Por fim, a fase instrumentalista, que surge a partir das décadas de 1960 e 1970, torna-se necessário a revisitação do direito processual. Esta fase ainda prevalece atualmente no direito processual. Trata-se de um momento em que o processualista dedica seus esforços no sentido de descobrir meios de melhorar o exercício da prestação jurisdicional, tornando-a mais segura e, na medida do possível, mais célere, tentando aproximar a tutela jurisdicional, o mais possível, do que possa ser chamado de justiça.

O processo deixa de ser considerado como mero instrumento de atuação do direito material, e passa a ser visto como um instrumento de que se serve o Estado a fim de alcançar seus escopos sociais, jurídicos e políticos. Ademais, passa a privilegiar o consumidor do

⁸⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. vol.I. 15 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.8-9.

⁸⁷ *Ibidem*. p.9.

serviço prestado pelo Estado quando do exercício da função jurisdicional, buscando-se meios de administração da justiça que sejam capazes de assegurar ao titular uma posição jurídica de vantagem uma tutela jurisdicional adequada e efetiva.⁸⁸

É na fase instrumentalista que se desenvolvem as denominadas ondas renovatórias de acesso à justiça (teoria desenvolvida por Mauro Cappelletti e Bryant Garth)⁸⁹.

A primeira onda renovatória de acesso à justiça é conhecida como a onda da assistência judiciária ou da gratuidade da justiça, não adiantaria nada o processo ser um instrumento de acesso à justiça, se os pobres que não possuíssem dinheiro não poderem ter tal acesso. Ocorre que essa onda renovatória se mostrava insuficiente, justamente por tratar o pobre como de forma individual e esquecer da coletividade como um todo. Possui com embasamento legal os Arts. 5º, LXXIV, da C.R.F.B. e 134 da C.R.F.B. Lei nº 1.060/50 e LC nº80/94.⁹⁰

A segunda onda renovatória de acesso à justiça é conhecida como coletivização do processo, o processo civil clássico se mostrava inadequado para a proteção dos interesses dos

⁸⁸ Ibidem. p.9-11.

⁸⁹ “Uma primeira ‘onda’ é aquela que procurou superar obstáculos representados pela ‘pobreza’, com intervenções do Estado objetivando realizar formas mais eficazes de assistência jurídica aos pobres, enquanto que em uma segunda ‘onda’ os obstáculos que se trataram de superar tenham sido mais complexos e articulados. Tratam-se aqui, de fato, de fazer acessível à tutela jurisdicional aqueles direitos e interesses que surgem particularmente importantes, e especialmente vulneráveis, na sociedade industrial moderna, aqueles dos consumidores, aqueles destinados à proteção do meio ambiente, e, em geral, para aqueles da coletividade, categorias ou grupos organizados ou dificilmente organizáveis. Estes direitos e interesses são muito frequentemente ‘fragmentados’ ou ‘difusos’ para que se possa recorrer às formas tradicionais – típicas do ‘processo de duas partes’ – de procedimento e de tutela jurisdicional. Se se quer obter uma tutela efetiva e não somente nominal destes direitos e interesses não meramente individuais, mas sim, tipicamente coletivos, é necessário, em lugar de permitir, chegar até insistir e ajudar a garantir ‘acesso’ aos representantes (públicos e privados) destes grupos inorgânicos e de contornos imprecisos, ou que, com frequência, não se podem precisar...a terceira e mais recente – porém também mais complexa e, talvez, potencialmente, mais grandiosa – ‘onda’ do movimento mundial por um direito e uma justiça mais acessíveis. Tal onda de reformas, que embora se encontre em uma fase ainda inicial e experimental e que somente com o resultado de uma análise superficial pode aparecer um contraste com as outras duas, se traduz em múltiplas atitudes de acordo com a perseguição de fins distintos, porém relacionados entre eles em várias maneiras. Entre estes fins ressaltam: a) aqueles que estabelecem procedimentos mais acessíveis quanto a sua simplicidade e racionalização, mais econômicos, eficientes e especializados para certos tipos de controvérsia; b) a fim de promover e fazer acessível um tipo de justiça que em outra parte definimos como ‘co-existencial’, quer dizer: baseada na conciliação e mediação, e sobre critérios de equidade social distributiva, enquanto seja importante ‘cuidar’ das situações complexas e duradouras de correlação entre indivíduos e grupos, em lugar de ‘definir’ simplesmente (trancher) uma posição distanciada, com rígidos critérios jurídicos determinantes de ‘com razão’ e ‘sem razão’, e essencialmente voltados ao passado; c) o fim de submeter a atividade pública à formas, muitas vezes novas e de qualquer modo mais alargadas e acessíveis, de controle; e, em geral, de criar formas de justiça mais acessíveis enquanto descentralizadas e ‘participativas’, com a presença, em particular, dos membros desses mesmos grupos sociais e comunidades que estão diretamente envolvidos na situação ou controvérsia. É precisamente pelo surgimento dessa última finalidade que um dos temas de maior interesse teórico e prático apareceu recentemente na participação de leigos na administração da justiça.” CAPPELETI *Apud* DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, op. cit., p. 113-114.

⁹⁰ ALMEIDA. op.cit., 2007 p.23

massificados, por duas ordens de razão, primeiro porque o bem jurídico tutelado era de uma titularidade indeterminada (ex: meio ambiente), assim o sistema deve prever quem deve defender tais bens jurídicos e segundo, há existência de danos que individualmente considerados não suportam a proteção individual, mas que quando agrupados merecem a devida proteção (ex: consumidor adquire um litro de leite, mais na verdade a embalagem apenas contém 950 ml).⁹¹

Essa segunda onda é voltada à tutela dos interesses supra-individuais, especialmente no que tange aos consumidores e à higidez ambiental (interesses coletivos e interesses difusos) e possui como embasamento legal arts. 5,XXI, LXX, 8, III, C.R.F.B. e 129, III, 1, C.R.F.B. Lei 7.853/89 – deficiente físico, Lei nº8.069/90 – ECA, Lei nº8.078/90 – CDC, Lei nº 8.429/92 – Improbidade Administrativa, Lei nº10.741/04 – Estatuto do Idoso.

Ocorre que, as duas primeiras ondas renovatórias não se mostraram suficientes, o que fez surgir uma terceira onda renovatória chamada de um novo enfoque sobre o acesso à justiça, que possui três dimensões.⁹²

A primeira dimensão abrange as ondas renovatórias anteriores, porém vai mais além. Pela segunda dimensão, o acesso à justiça é visto como direito ao acesso a uma ordem jurídica justa, o que passa a ser objeto de uma indagação da filosofia do direito e da teoria geral do direito, não podendo se falar em direito sem efetividade, pois esta está relacionada diretamente com o acesso à justiça.

Uma terceira dimensão propõe um amplo e moderno programa de reformas do sistema processual, que se viabilizaria por intermédio: a) da criação de meios alternativos de solução de conflitos; b) da implantação de tutelas jurisdicionais diferenciadas; c) de reformas pontuais no sistema processual, a fim de torná-lo mais ágil, eficiente e justo.⁹³

Desse modo, o direito processual coletivo deve ser lido à luz dos direitos e garantias fundamentais, como um instrumento de efetivação do Estado Democrático de Direito e como instrumento de transformação da realidade social, buscando de forma constante garantir acesso à justiça, sendo que hoje a problemática para a resolução dos conflitos de massa está justamente na falta ou na dificuldade de se ter esse acesso, tendo em vista inúmeros obstáculos impostos que dificultam o acesso à justiça, assim as ondas renovatórias

⁹¹ Ibidem.

⁹² Ibidem.

⁹³ Ibidem.

apresentadas por Cappelletti quebram os obstáculos econômicos, organizacionais e processuais, buscando assim um acesso à justiça de forma ampla e igualitária a todos.

Para enfrentar os aniquilamentos aos interesses ou direitos coletivos e para fazer com que sejam respeitadas as garantias sociais fundamentais, constitucionalmente asseguradas, é imprescindível: de um lado, a consciência do Judiciário e dos legitimados ativos à tutela jurisdicional coletiva; de outro, a criação e o aperfeiçoamento de instrumental adequado e eficiente para dar respostas imediatas e urgentes à comunidade _ para tanto, é fundamental o desenvolvimento da ideia do direito processual coletivo como um novo ramo do direito processual⁹⁴.

⁹⁴ ALMEIDA, op.cit., 2003. p.96

7. NECESSIDADE DE UMA CONSTRUÇÃO DE UMA TEORIA GERAL DO PROCESSO COLETIVO E DE UM CÓDIGO DE PROCESSO COLETIVO

Código, em sua origem deriva de *codex*, que era compreendido no início como um conjunto de tabuletas de madeira que passaram a ser utilizadas como material para a escrita. Sendo que com o *Codex Theodosiano*, do ano 430 d.C, que o vocábulo passou a ser compreendido como sendo um livro composto por uma compilação oficial de leis.⁹⁵

Orlando Gomes, em sua obra “Novos temas de direito civil” conceituava Código, em sua dimensão histórica, como um sistema de regras jurídicas elaboradas para disciplinar, durável e plenamente, a conduta setorial de sujeitos de direito.⁹⁶

Antes de adentrarmos na necessidade de um código de processo coletivo, imperioso se faz trazer a distinção entre os valores dos códigos e dos microssistemas.

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. assim assinala⁹⁷:

O valor dos códigos nos ordenamentos jurídicos atuais é enunciar princípios, cláusulas gerais e regras para harmonizar a legislação infraconstitucional com os objetivos da Carta Magna e dos direitos fundamentais nela estatuídos. A diáspora legislativa causada pela complexidade e velocidade do mundo moderno necessita deste anteparo para mais bem direcionar não só o aplicador como também os legisladores do direito na atuação cotidiana (...). Já os microssistemas, (...), são caracterizados por tratarem de matéria específica, dotada de particularidades técnicas e importância que justificam uma organização autônoma. Não se incompatibilizam com cláusulas gerais ou princípios, antes trazem mesmo os seus próprios, internamente, como necessidade intrínseca de organização e ordenação de conteúdos.

⁹⁵ ALMEIDA, op.cit., 2007, p.40: “A origem da expressão código deriva de *codex* ou *coudex*, que simbolizava, inicialmente, uma tabuleta de madeira, e depois, um conjunto de várias tabuletas de lenha untadas de cera, as quais, reunidas, passaram a ser utilizadas como material para escrita. Em seguida, porém, o vocábulo deixou de ser concebido como material para escrita, passando a ser tido como um livro compacto, o que ocorreu para que pudesse ser diferenciado do volume. Aponta a doutrina que, no século IV d.C., o termo *codex*, mesmo que sem qualquer ligação com o direito, já era empregado como livro. O *Codex Gregoriano*, do final do século III d.C., e o *Codex Hermogeniano* do século IV d.C., na condição de coletâneas privadas de escritos imperiais, foram as duas primeiras obras que receberam essa denominação, o que se deu porque não eram estendidas em rolos, mas contidas em cadernos de pergaminhos unidos e ligados, tais como os livros modernos. Entretanto, foi mais precisamente com o *Codex Theodosiano*, do ano 438 d.C., que o vocábulo passou a ser compreendido como sendo um livro composto por uma compilação oficial de leis”.

⁹⁶ GOMES, Orlando. *Apud*. ALMEIDA, op.cit., 2007, p.41.

⁹⁷ DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, op. cit., p.68-69.

Dessa forma, a missão do Código é mais do que trazer regras novas ou consolidar a legislação anterior: revela-se no compromisso político-jurídico de garantir uma estabilidade e uma vida mais efetiva para os direitos coletivos *lato sensu* vinculando-os ao texto constitucional, já que são, também eles, reconhecidamente direitos fundamentais. A busca de um Código de Processo Coletivo deve assumir um compromisso de ultrapassar o mero tecnicismo e buscar orientar a futura realização dos direitos coletivos em conformidade a sua natural evolução até o momento e ter em vista o horizonte que se pretende chegar com a realização dos direitos fundamentais coletivos.⁹⁸

A principal vantagem da codificação seria a ordenação e a uniformização do sistema a ser codificado. A necessidade de criação de um Código de Processo Coletivo surge do fato que o direito processual coletivo está regulado de maneira esparsa pelo Código de defesa do consumidor e pela lei de Ação Civil Pública, e pelo chamado microssistema processual coletivo já apresentado, não existindo um diploma uniforme e ordenado a ser aplicado nas demandas coletivas, que possibilitaria a simplificação do sistema e permitiria sua melhor compreensão, bem como teríamos a vantagem de fazer que o sistema processual coletivo tenha sua própria principiologia regulada em um mesmo diploma normativo.

O modelo de proteção aos direitos e aos interesses difusos e coletivos, trazidos pela nossa Lei Maior de 1988, é considerado o mais avançado do mundo e, por isso, é a partir dele que se deve extraído a proposta de um diploma uniforme a ser aplicado a todas as demandas coletivas, evitando-se a importação de modelos alienígenas incompatíveis com o sistema pátrio.

Data vênia, a aplicação prática das normas brasileiras sobre os processos coletivos (ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo) tem apontado uma série de problemas práticos decorrentes dos atuais diplomas reguladores.

A professora Ada Pellegrini Grinover, cita a título de exemplos de tais problemas:

Dúvidas surgem quanto à natureza da competência territorial (absoluta ou relativa), a litispendência (quando é diverso o legitimado ativo), a conexão (que, rigidamente interpretada, leva à proliferação de ações coletivas e à multiplicação de decisões contraditórias), o controle difuso da constitucionalidade, a possibilidade de se repetir à demanda

⁹⁸ Ibidem.p.69.

em face de prova superveniente e a de se intentar ação em que o grupo, categoria ou classe figure no pólo passivo da demanda.⁹⁹

Ademais, não seria possível à aplicação do Código de Processo Civil nas demandas coletivas, a não ser de forma subsidiária, haja vista que o mesmo foi construído como um instrumento de resolução das lides decorrentes das relações jurídicas-materiais disciplinadas pelo CC/16, que foi fundado em uma filosofia liberal individualista, visando disciplinar apenas os conflitos interindividuais, sendo, portanto, um código fundado também em uma concepção liberal individualista, e, em razão disso, não é considerado adequado para a resolução dos conflitos coletivos, permitindo somente a sua aplicação subsidiária.

Não se quer aqui afirmar, que não existiriam riscos na elaboração deste Código, os quais podem citar: o engessamento do sistema; mitigação de conquistas com retrocessos indevidos no plano dos avanços já obtidos no sistema pátrio tanto no plano constitucional quanto no infraconstitucional; à adoção de modelos estrangeiros incompatíveis com o sistema brasileiro; à burocratização do próprio sistema do direito processual coletivo, com a geração de incidentes indesejáveis que venham retardar a tutela jurisdicional coletiva com prejuízos aos interesses sociais; à vinculação com a concepção liberal individualista do CPC, o que poderá ocorrer com a elaboração de um código que não rompa com as amarras do referido diploma processual etc.¹⁰⁰

Logo é fundamental a elaboração de uma proposta em que sejam fixadas as diretrizes metodológicas e principiológicas adequadas para a codificação pretendida, o que pressupõe a análise da natureza jurídica do direito processual coletivo, a aferição do seu objeto material, especialmente no contexto do Estado Democrático de Direito e dos direitos e das garantias constitucionais fundamentais.¹⁰¹

Por isso, com a criação de um Código de Processo Coletivo, necessário também se faz a criação de uma Teoria Geral do Direito Processual Coletivo, de modo a lhe assegurar um conjunto de regras e princípios, próprios e comuns a todas as formas de tutelas jurisdicionais coletivas.

Nesse sentido Ada Pellegrini Grinover:

⁹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Rumo a um Código Brasileiro de Processos Coletivos*. MAZZEI, Rodrigo e NOLASCO, Rita Dias (Coordenadores). Processo Civil Coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 722-723.

¹⁰⁰ ALMEIDA, op.cit., 2007, p.83/84.

¹⁰¹ Ibidem. p.85.

A evolução doutrinária a respeito dos processos coletivos autoriza a elaboração de um verdadeiro Direito Processual Coletivo como ramo do direito processual, que tem seus próprios princípios e regras, diversos do direito processual individual. Os institutos da legitimação, competência, poderes e deveres do juiz e do Ministério Público, conexão, litispendência, liquidação e execução de sentença, coisa julgada, entre outros, têm feição própria nas ações coletivas que, por isso mesmo, se enquadram numa Teoria Geral dos Processos Coletivos. Diversas obras, no Brasil, já tratam do assunto. E o país, pioneiro no tratamento dos interesses e direitos transindividuais, por intermédio da LACP, tem toda a capacidade para elaborar um verdadeiro Código de Processos Coletivos, que mais uma vez o colocará numa posição de vanguarda.¹⁰²

Essa teoria teria como fundamentais mais relevantes o Estado Democrático de Direito e a nova função do Poder Judiciário no direito processual coletivo, que assume o papel de guardião dos direitos e garantias fundamentais, e atua como órgão transformador da realidade social. Portanto, tem atividade de proteção (controle de constitucionalidade) e de efetivação (a resolução de conflitos coletivos ocorridos no mundo da concretude) do Estado Democrático de Direito.¹⁰³

Assim sintetiza Gregório Assagra de Almeida acerca da criação dessa nova Teoria do Direito Processual Coletivo:

Em síntese, seria fundamental para essa empreitada teórica: a superação da concepção de pretensão em penal e civil (não penal), para elaborar também a ideia de pretensão coletiva; a superação do problema da legitimidade ad causam ativa, que tradicionalmente se biparte em ordinária e extraordinária, para a adoção de uma nova categoria, talvez em conformidade com o que Nelson Nery Junior denomina legitimação autônoma para a condução do processo; a superação da própria postura institucional do Poder Judiciário, que, de órgão técnico e formal, passaria a ser concebido como instância política de transformação positiva da realidade social; a superação da concepção dicotômica de direito processual em direito processual civil e direito processual penal, para consolidar a concepção tricotômica, com a inserção também do direito processual coletivo; a superação das concepções clássicas de interpretação e aplicação do direito processual, de forma a passar a adotar as regras principiológicas de interpretação constitucional.¹⁰⁴

¹⁰² Ibidem.

¹⁰³ ALMEIDA, op.cit., 2003, p.609

¹⁰⁴ Ibidem. p.610/611.

Dessa forma, com a criação da teoria geral do processo coletivo, como um ramo autônomo do direito processual, e com a elaboração de um Código de Processo Coletivo, seria possível dar uma maior efetivação ao Estado Democrático de Direito e possibilitar um maior acesso à justiça.

8. ASPECTOS GERAIS DOS INSTITUTOS ESTRUTURAIS DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO BRASILEIRO

O objetivo do presente capítulo é trazer um panorama estrutural do direito processual coletivo brasileiro, de forma a construir uma verdadeira teoria geral, dentro do chamado microsistema coletivo, trazendo aspectos decorrentes da legitimidade para a propositura das ações coletivas, aspectos referentes à relação entre demandas coletivas e individuais, sobre o juízo competente para a propositura das ações coletivas, e questões atinentes à coisa julgada coletiva e a execução da sentença coletiva.

8.1 Legitimidade para a propositura das ações coletivas

Para definir a natureza jurídica da legitimação para o ajuizamento das demandas coletivas, necessário é fazer a distinção entre legitimação ordinária e legitimação extraordinária.

Na Legitimação ordinária o titular do direito material supostamente violado é que pede a devida tutela jurisdicional, ao passo que na legitimação extraordinária ou anômala, ocorre quando, “o Estado não leva em conta a titularidade do direito material para atribuir a titularidade da sua defesa em juízo”¹⁰⁵.

A legitimação extraordinária não constitui a regra do direito, sendo essa uma exceção, que somente poderá ocorrer com autorização legal, que se dá em dois casos: a) por substituição processual: quando uma pessoa em nome próprio defende direito alheio com a devida autorização; b) no caso de solidariedade: quando em uma única relação jurídica envolva vários sujeitos, permitindo a lei, que apenas um deles represente a totalidade;

¹⁰⁵ MAZZILLI, op. cit., p. 64.

Uma primeira corrente diz se tratar de uma verdadeira legitimidade ordinária, comparecendo o legitimado ativo em defesa de interesse próprio, nesse sentido Ricardo de Barros Leonel:

Sendo os interesses difusos inerentes a toda a coletividade indeterminável lesada, é razoável a afirmação de que se trata de legitimização ordinária e não extraordinária, pois as entidades que podem promover sua defesa em juízo postulam direito próprio e não alheio. Este argumento ganha maior peso quando se trata da legitimização das associações. Criadas e destinadas à defesa de determinados interesses, com reconhecimento estatutário de sua finalidade, a defesa em juízo seria de interesse da própria entidade e não de terceiros¹⁰⁶.

Uma segunda corrente afirma ser uma verdadeira legitimidade extraordinária, já que nas ações coletivas alguns legitimados substituem processualmente a coletividade de lesados, sendo essa a corrente majoritária na doutrina, nesse sentido Hugo de Nigro Mazzilli:

E tanto é verdade que nas ações civis públicas ou coletivas o colegitimado ativo, agindo em nome próprio, objetiva a defesa de interesses alheios, que, em caso de procedência, a coisa julgada beneficiará todo o grupo (erga omnes ou ultra partes) e não apenas o autor da ação. (...) Dessa forma, cremos que esse fenômeno configura preponderantemente a legitimização extraordinária, ainda que, em parte, alguns legitimados ativos possam, nessas ações, também estar a defender interesse próprio, englobado no pedido coletivo¹⁰⁷.

Logo, para essa segunda corrente, maioria na doutrina e na jurisprudência, trata-se de uma verdadeira substituição processual pois, “o que o legislador fez foi legitimar outrem para a defesa, em juízo e em nome próprio, de direito alheio, cujo respectivo titular é identificável e individualizável, razão por que se aplica à ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos o regime da legitimidade extraordinária (substituição processual), previsto no art.6º do CPC”¹⁰⁸.

¹⁰⁶ LEONEL. op.cit. p.158.

¹⁰⁷ MAZZILLI. op.cit., p. 66-67.

¹⁰⁸ NERY, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade, *apud* GRINOVER, Ada Pellegrini ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo: um novo ramo do direito processual*. São Paulo. Saraiva, 2003. p.499.

Uma terceira corrente, a qual filiamos, defendida por Nelson Nery, trata a legitimação para a propositura das ações coletivas como uma legitimação autônoma para a condução do processo, explicando: “para que decorra a legitimidade, basta que se faça a afirmação de direito ou interesse difuso ou coletivo, sem a necessidade de aferir quais seriam os titulares efetivos do direito massificado pleiteado”¹⁰⁹.

Nesse sentido, Gregório Assagra de Almeida citando os ensinamentos de Nelson Nery:

A dicotomia clássica legitimação ordinária-extraordinária só tem cabimento para a explicação de fenômenos envolvendo direito individual. Quando a lei legitima alguma entidade a defender direito não individual (coletivo ou difuso), o legitimado não estará defendendo direito alheio em nome próprio, porque não se pode identificar o titular do direito. Não poderia ser admitida ação judicial proposta pelos ‘prejudicados pela poluição’, pelos ‘consumidores de energia elétrica’, enquanto classe ou grupo de pessoas. A legitimidade para a defesa dos direitos difusos e coletivos em juízo não é extraordinária (substituição processual), mas sim legitimação autônoma para a condução do processo (*selbständige Prozebführungsbefgnis*): a lei elegeu alguém para a defesa de direitos porque seus titulares não podem individualmente fazê-lo.¹¹⁰

Sobre a legitimidade e direito de conduzir o processo interessante trazer o escrito de Donaldo Arlim citado por Gregório Assagra de Almeida:

[...] o conceito do direito de conduzir o processo, em razão da problemática surgida em decorrência da insuficiência do instituto da legitimidade *ad causam* para solucionar questões que lhe eram pertinentes. [...] a distinção entre legitimidade (*Sachelegitimation*) e o direito de conduzir o processo (*Prozessführungsrecht*) surge como necessária quando o direito material separa a titularidade do direito material de conduzir o processo, retirando este do titular daquele direito e atribuindo-o a um terceiro.¹¹¹

¹⁰⁹ ALMEIDA, op.cit., 2003. p.499.

¹¹⁰ NERY, Nelson *apud* ALMEIDA, op.cit., 2003. p.499.

¹¹¹ ARMELIN, Donaldo *apud* ALMEIDA, op.cit., 2003. p.500.

Filiado a esta terceira corrente, ainda esclarece Antonio Gidi, citado por Gregório Assagra de Almeida, que “a legitimação no caso dos interesses ou direitos individuais homogêneos também é uma forma de legitimação autônoma para a condução do processo”¹¹².

Concluindo acerca da natureza jurídica da legitimação das ações coletivas, essa ainda é disjuntiva, concorrente e exclusiva. Nesse sentido:

Fala a doutrina ainda que a legitimação para as ações coletivas é disjuntiva, concorrente e exclusiva. É disjuntiva porque qualquer legitimados do art. 5º da Lei n. 7.347/85 ou do art. 82 do CDC poderá propô-la, independentemente da presença de outros legitimados ativos. É concorrente tendo em vista que todos os legitimados ativos podem propô-la, conjunta ou separadamente, respeitando, no caso, os efeitos decorrentes da litispendência, conexão, continência e até mesmo da coisa julgada _ todos, portanto, concorrem com a mesma legitimidade ativa. E, por último, é exclusiva, pois salvo as exceções legais (como a Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa, o Dissídio Coletivo da Justiça Trabalhista e outras leis esparsas), somente os legitimados do art.5º da LACP e do art.82 do CDC podem ajuizá-las.¹¹³

Logo definida a natureza jurídica da legitimação das ações coletivas, passe-se a análise dos legitimados ativos e passivos.

8.1.1 Legitimidade ativa

A LACP (Lei nº 7.347/85), em seu artigo 5º dispõe quem poderá ser legitimado ativo nas ações coletivas:

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

I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação

¹¹² ALMEIDA, op.cit., 2003, p.500.

¹¹³ GIDI, Antonio *apud* ALMEIDA, op.cit., 2003. p.501.

que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

O Código de Defesa do Consumidor ainda acrescenta em seu artigo 82:

Art. 82. Para os fins do art. 81, Parágrafo único, são legitimados concorrentemente: III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; (grifo nosso). IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

Passe-se à análise isolada de cada legitimado ativo.

8.1.1.1 Ministério Público

A CRFB/88, em seu artigo 129, III estabelece que uma das funções institucionais 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”, assim a legitimidade do MP na propositura das demandas coletivas tem status constitucional.

Importante frisar que uma das atuações do Ministério Público no processo se dá devido “a existência de um interesse, ainda que não propriamente indisponível, mas de suficiente abrangência ou repercussão social, que aproveita em maior ou menor medida a toda a coletividade”¹¹⁴.

¹¹⁴ MAZZILLI. op.cit. p. 388.

O MP não só pode como deve propor ação coletiva, não se tratando, portanto, de uma mera faculdade do *parquet* e sim de uma obrigação.

A noção de dever para propositura de ação coletiva por parte do MP é tão nítida que cuida o artigo 5º da LACP, em seu parágrafo 1º da obrigatoriedade de intervenção nas ações coletivas, como órgão *custus legis*, quando não autor da mesma e em seu parágrafo 3º dispõe sua atuação em caso de desistência infundada ou abandono da ação coletiva por outros co-legitimados.

Tal obrigação, porém, é mitigada, pois pode o *parquet* se valer do princípio da discricionariedade contralada, cabendo o próprio MP identificar a presença de interesses que lhe incumba defender.

O dever de propor demandas coletivas por parte do MP é tão importante que existe meios de controle para evitar-se não proposições infundadas, quais sejam:

a) Sob pena de falta funcional, o membro que promoveu o arquivamento deve remeter de ofício, no prazo de três dias, os autos do inquérito civil ou as peças de informação ao Conselho Superior do Ministério Público, para reexame da decisão de arquivamento;

b) Como não detém o Ministério Público legitimação exclusiva para a ação arquivamento coletiva, outros co-legitimados podem concorrentemente propor ação que ele entendeu não devesse ajuizar.¹¹⁵

Muito se discutiu na doutrina acerca de assegurar a tutela dos interesses transindividuais ao MP, Rodolfo de Carmago Mancuso apresentam os pontos desfavoráveis a sua legitimação ativa:

De início, a posição doutrinária revelou-se restritiva. Basicamente soem ser alinhados estes pontos críticos: a) o Ministério Público é uma instituição naturalmente voltada à persecução de delitos tradicionais, comuns, mostrando pouca vocação persecutória quando se trata de delitos de natureza econômica ou coletiva; b) o Ministério Público estrutural e funcionalmente está demasiadamente conexo ou subjacente a estrutura do poder estatal, para que dele pudesse esperar a necessária autonomia e a combatividade desejável, quando se trata de tutela aos interesses supra-individuais; c) ao Ministério Público falta

¹¹⁵ Ibidem. p.94/95.

aparelhamento e infra-estrutura indispensáveis à tutela desses interesses especiais.¹¹⁶

Ademais, pensava-se que o Ministério Público brasileiro era equivalente ao Ministério Público europeu, voltado apenas para a área penal e pouco atuante na área civil, razão pela qual surgiu às referidas críticas, oriundas do pensamento de Mauro Cappelletti, que posteriormente desfez as mesmas, elogiando o MP brasileiro, hoje maior autor das demandas coletivas no país.

Tais críticas ainda não devem prevalecer, pois, “diversamente no Brasil, porém, hoje a Constituição e as leis erigem a intervenção do Ministério Público como essencial à prestação jurisdicional do Estado, e lhe conferem a defesa do regime democrático e a tutela de direitos indisponíveis do indivíduo e da coletividade, bem como do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Seu mister desenvolve-se tanto na esfera extrajudicial como na judicial”¹¹⁷.

Quanto à crítica que o órgão do Ministério Público possui uma proximidade absoluta com o poder executivo, pelo fato do Procurador-geral da República e o Procurador-geral de Justiça serem escolhidos pelos chefes do Poder Executivo, apesar de serem necessariamente integrantes da carreira, a mesma não deve prevalecer eis que a Constituição confere hoje elevado status ao MP, assegurando-lhe autonomia, vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de subsídios e independência, permitindo tais garantias uma maior independência do MP no exercício de suas atribuições.

Discute-se também na doutrina acerca da legitimidade do MP na defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

É certo e indiscutível a legitimidade do MP para a defesa de interesses difusos “graças a seu elevado grau de dispersão e abrangência, os que lhe confere conotação social”¹¹⁸.

A discussão realmente ocorre no que tange aos interesses coletivos e individuais homogêneos.

¹¹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *apud*. MAZZILLI. *op.cit.*, p. 325

¹¹⁷ MAZZILLI. *op.cit.* p. 327.

¹¹⁸ *Ibidem*, p.106 -107.

Uma primeira corrente dispõe que no que tange a legitimidade de interesses transindividuais, a CRFB/88 em seu artigo 129, III, legitima apenas o MP à defesa de interesses difusos e coletivos, não tratando, portanto, de interesses individuais homogêneos, ficando estes excluídos. Trata-se de uma interpretação literal que se faz do texto constitucional.

A segunda corrente dispõe que pode o Ministério Público defender tanto os interesses difusos, quanto os coletivos e individuais homogêneos, “já que o legislador conferiu *in thesis* legitimidade ao Ministério Público para a defesa de quaisquer interesses transindividuais, daí não ser lícito ao interprete questionar a presença do interesse social legitimador de sua intervenção, pois a presença deste interesse já foi presumida pelo próprio legislador, que considerou toda e qualquer relação de consumo como matéria de ordem pública”.¹¹⁹

Por fim uma terceira corrente que:

[...]deve-se levar em conta, em concreto, a efetiva conveniência social da atuação do Ministério Público em defesa de interesses transindividuais. Essa conveniência social em que sobrevenha a atuação do Ministério Público deve ser auferida em concreto a partir de critérios como estes: a) conforme a natureza do dano (p.ex., saúde, segurança, educação públicas); b) conforme a dispersão dos lesados (a abrangência social do dano, sob o aspecto dos sujeitos atingidos); c) conforme o interesse social no funcionamento de um sistema econômico, social ou jurídico (previdência social, captação de poupança popular, questões tributárias etc.)¹²⁰.

Reconhecida a legitimidade ativa do Ministério Público “presume-lhe interesse de agir, pois que a instituição está identificada por princípio como defensora dos interesses indisponíveis da sociedade como um todo. Assim, não há o juiz de negar o *interesse de agir*

¹¹⁹ Ibidem.

¹²⁰ Ibidem.p.108.

do Ministério Público, cuja existência já foi reconhecida pelo legislador quando lhe cometeu a atribuição”¹²¹, podendo o juiz apenas fiscalizar o interesse processual do *parquet*.

8.1.1.2 Defensoria Pública

A Constituição da República Federativa do Brasil eleva como função essencial à justiça a Defensoria Pública, consagrando em seu artigo 134 que esta é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV, que o Estado prestará assistência integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Certo é que a Constituição Federal não elencou, como fez com o Ministério Público, a atribuição a Defensoria Pública como legitimada ativa para a propositura da Ação Civil Pública e a Lei de Ação Civil Pública, só passou a conferir legitimidade a esta instituição quando da edição da Lei nº11.448/07, de modo que a doutrina divergia acerca de tal legitimação.

Contra a legitimidade da Defensoria Pública a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público _ CONAMP ajuizou, no Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3943, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do inciso II do artigo 5º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, com redação dada pela Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007, podendo assim sintetizar os fundamentos que deram causa a referida Ação Direta de Inconstitucionalidade:

Ao fundamento de que, tal dispositivo, ao conferir legitimidade, “sem restrições”, à Defensoria Pública para a propositura de ação civil pública, estaria violando o disposto nos artigos 5º, inciso LXXIV e 134, ambos da Constituição Federal, e afetando diretamente a atribuição do Ministério Público, uma vez que a inclusão da Defensoria Pública no rol dos legitimados à propositura da ação civil pública “impede” o Ministério Público de exercer plenamente as suas atividades, pois concede à Defensoria Pública atribuição não permitida pelo ordenamento constitucional, contrariando os requisitos necessários para a ação civil pública, “cuja titularidade pertence ao

¹²¹ Ibidem, p. 331

Ministério Público, consoante disposição constitucional”. Argumentou-se que a Defensoria Pública foi criada para atender aos necessitados que comprovarem, “individualmente”, insuficiência de recursos, devendo ser, pelo menos, individualizáveis, identificáveis, para que se saiba, realmente, que não possuam recursos suficientes para o ingresso em juízo, por isso não haveria possibilidade de a Defensoria Pública atuar na defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.¹²²

Favoráveis à legitimação da Defensoria Pública, pode-se citar Hugo de Nigro Mazzilli:

A Defensoria Pública pode propor ações civis públicas ou coletivas, em defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos de pessoas que se encontrem na condição de necessitados, ou seja, de pessoas que tenham insuficiência de recursos para custear a defesa individual, mesmo que, com isso, em matéria de interesses difusos (que compreendem grupos indeterminados de lesados), possam ser diretamente beneficiadas terceiras pessoas que não se encontrem na condição de deficiência econômica, até porque não haveria como separar os integrantes do grupo atingido. Apenas no tocante à defesa de interesses coletivos em sentido estrito ou de interesses individuais homogêneos (que compreendem grupos determináveis de lesados), é mister que os beneficiários da ação sejam pessoas necessitadas, para que se possam ser defendidas pela Defensoria Pública por meio do processo coletivo.

Ainda, dentro da posição dos que adotam a ideia do controle judicial de representação adequada a Defensoria Pública apenas teria legitimidade para propor ação coletiva de acordo com as suas finalidades institucionais, previstas no artigo 134 CRFB/88, qual seja, a defesa dos necessitados.

Ressaltando que até a confecção deste presente trabalho a mencionada ADI nº 3943 ainda se encontra pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal, conforme se depreende da seguintes notícias.

¹²² VIEIRA, Anginaldo. *O sentido da Constituição*. Disponível em: <<http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/ArtigoAnginaldo.pdf>>. Acesso em 26 de novembro de 2013.

Terça-feira, 06 de novembro de 2012

STF vai analisar legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública

O Supremo Tribunal Federal (STF) vai decidir se a Defensoria Pública tem ou não legitimidade para ajuizar ação civil pública em defesa de interesses e direitos difusos. Como a matéria teve repercussão geral reconhecida pelo Plenário Virtual da Corte, a decisão tomada no processo paradigma (ARE 690838) será aplicada a todos os casos idênticos no Judiciário.

Segundo o relator do processo, ministro Dias Toffoli, a matéria suscita “discussão que tem o potencial de repetir-se em inúmeros processos, sendo, assim, conveniente que esta Suprema Corte profira decisão aplicável a todos esses feitos, segundo a sistemática da repercussão geral”.

Criada em 2004 pela Emenda Constitucional 45, a repercussão geral é um filtro recursal que permite ao STF selecionar os recursos extraordinários e agravos nesses recursos que discutam matérias relevantes do ponto de vista social, econômico, político e jurídico.

O ministro Toffoli explicou que o processo em questão “apresenta densidade constitucional e extrapola os interesses subjetivos das partes, sendo relevante para todas as defensorias públicas existentes no país”.

O processo chegou ao Supremo porque o município de Belo Horizonte recorreu de decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ-MG) que reconheceu a legitimidade da Defensoria para propor ação civil pública na defesa de interesses e direitos difusos.

Segundo a decisão do TJ-MG, a própria natureza dos direitos difusos, previstos no inciso I do parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), torna “impraticável” que a Defensoria Pública tenha de demonstrar a hipossuficiência (indivíduo sem recursos para pagar um advogado particular) de cada pessoa envolvida na demanda para legitimar sua atuação.

De acordo com o TJ-MG, em caso de defesa de interesses difusos (aqueles que pertencem a um grupo, classe ou categoria indeterminável de pessoas reunidas entre si pela mesma situação de fato), é “impossível individualizar os titulares dos direitos pleiteados”. A se manifestar pela existência de repercussão geral na matéria, o ministro Dias Toffoli acrescentou que tramita no Supremo uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 3943) sobre o mesmo tema, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp).

Esse processo chegou ao STF em 2007 e tem como relatora a ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha. Ele contesta a lei que legitima a Defensoria Pública a propor ação civil pública (artigo 5º da Lei 7.347/1985, com redação dada pela Lei 11.448/2007).¹²³

Terça-feira, 21 de agosto de 2007

Conamp questiona legitimidade da Defensoria Pública para propor ação civil pública

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (Conamp) ajuizou no Supremo Tribunal Federal (STF), Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3943 que contesta lei que legitima a Defensoria Pública a propor ação civil pública. (artigo 5º da lei 7.347/1985, com redação dada pela lei 11.448/2007)

¹²³ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Notícias Supremo Tribunal Federal, disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=223069>>. Acessado em 26/11/2013.

A Conamp alega que a possibilidade da Defensoria Pública propor, sem restrição, ação civil pública “afeta diretamente” as atribuições do Ministério Público. Segundo a associação, a lei contraria os artigos 5º, LXXIV, e art. 134, da Constituição Federal, que versam sobre as funções da Defensoria Pública de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que não possuem recursos suficientes.

“Aqueles que são atendidos pela Defensoria Pública devem ser, pelo menos, individualizáveis, identificáveis”, portanto, “não há possibilidade alguma de a Defensoria Pública atuar na defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais”, alega a Conamp.

A relatora da ADI é a ministra Cármem Lúcia Antunes da Rocha.¹²⁴

8.1.1.3 Ordem dos Advogados do Brasil

Dispõe o artigo 54, inciso XIV da Lei nº8.906/94 que cabe à Ordem dos Advogados do Brasil - OAB o ajuizamento de Ações Cíveis Públicas, bem como de mandado de segurança coletivo.

Salienta Hugo de Nigro Mazzilli:

Em conformidade com o art. 44 da lei 8.906/94, a OAB constitui em serviço público, sendo dotada de personalidade jurídica e forma federativa, tendo por finalidade: a) defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado Democrático de Direito, os direitos humanos, a justiça social, e pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da Justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas; b) promover, com exclusividade, a representação, a defesa e a disciplina dos advogados no País; Sua natureza jurídica é de autarquia federal especial, e, como tal, pode ajuizar ações civis públicas ou coletivas de objeto compatível com seus fins legais.

Quando a OAB zela pela observância de interesses transindividuais de expressão social (como os do meio ambiente, os das pessoas com deficiência, os dos consumidores em geral), está não apenas defendendo garantias fundamentais das próprias pessoas (sejam elas ou não advogados ou estagiários), como também está zelando por direitos fundamentais de toda coletividade; desta forma, tal tutela se insere duplamente dentro dos objetivos da entidade. De qualquer

¹²⁴ Ibidem.

forma, é necessário que haja compatibilidade entre a defesa judicial do interesse e as finalidades da entidade.¹²⁵

Assim, a OAB enquanto órgão encarregado da representação e defesa da classe dos advogados, também recebeu legitimidade para propor ações coletivas, que envolverão verdadeira substituição processual da classe, que poderão ser propostas pelo Conselho Federal, bem como pelas seções e subseções.

8.1.1.4 Administração Direta e Indireta

A Lei de Ação Civil Pública assegurava legitimidade aos órgãos da Administração Direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e aos órgãos da Administração Indireta (a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista).

O Código de Defesa do Consumidor ampliou o alcance dessa legitimidade, acrescentando os entes despersonalizados da Administração Direta e Indireta, deste que tenham por objetivo a tutela de interesses transindividuais.

A ampliação desse rol de legitimados se deu principalmente em virtude de se procurar ter um PROCOM mais ativo na defesa de interesses transindividuais.

Vale a pena ressaltar que, tais órgãos públicos, aqui legitimados, destinados à proteção de interesses transindividuais, necessitam de autorização por parte da autoridade administrativa, princípio hierárquico, para poderem ajuizar as ações coletivas. E dentro da ideia de controle judicial da representação adequada os órgãos da Administração Indireta devem se valer das suas finalidades institucionais para proporem ação coletiva.

¹²⁵ MAZZILLI. *op.cit.*, p. 306.

8.1.1.5 Entidades Sindicais

A CRFB permitiu aos sindicatos a defesa dos direitos e interesses coletivos e individuais da categoria, tanto em questões administrativas como nas judiciais, desde que os mesmos possuíssem registro no Ministério do Trabalho.

As entidades sindicais atuam como verdadeiro substituto processual, sua legitimidade é extraordinária, não apenas em relação aos seus membros devidamente sindicalizados, mas em relação a toda a categoria profissional que o mesmo representa, alcançando sua legitimidade tanto para a propositura como para a execução.

Dentro da ideia de controle judicial da representação adequada somente poderiam propor ações coletivas dentro de suas finalidades institucionais.

Isso não significa que os sindicatos tenham que defender apenas os interesses transindividuais relacionados em matérias diretamente ligadas a relação de trabalhista, mas poderia também ajuizar em questões relativas ao meio ambiente do trabalho, ou à condição de consumidores de seus associados, ou ainda em outras hipóteses de interesse da classe, grupo ou categoria, desde que haja autorização por meio dos estatutos ou assembleias.¹²⁶

8.1.1.6 Partidos Políticos

Aos partidos políticos já lhe incumbiam o ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade e mandado de segurança coletivo, estendendo-lhe o ajuizamento de ações coletivas, “desde que em defesa dos interesses transindividuais de seus membros ou em defesa das próprias finalidades institucionais”¹²⁷.

¹²⁶ Ibidem. p. 332

¹²⁷ Ibidem.p. 319.

A única exigência que se faz para que os partidos políticos possam exercer tal legitimidade é que os mesmos estejam devidamente representados no Congresso Nacional, nas Assembleias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, pois somente assim estariam realmente tutelando o interesse da coletividade que o mesmo representa, não se exigindo pertinência temática.

8.1.1.7 Associações Civas

Constitui associação civil a união de pessoas que se organizam para fins não econômicos.

A Lei de Ação Civil Pública dá legitimidade às associações civis para a propositura de ações coletivas, exigindo para tanto duas condições: a) pertinência temática: a demanda coletiva que se pretende propor deve ser compatível com a sua finalidade institucional; b) pré-constituição há pelo menos um ano nos termos da lei civil. Excepcionalmente tal condição pode ser dispensada pelo juiz desde que comprovado que haja manifesto interesse social evidenciado pelas características do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

As associações dependem da autorização dos seus associados para que esses sejam representados por elas em juízo, tal autorização pode decorrer tanto do Estatuto ou mediante Assembleia Geral, não excluindo a possibilidade de deliberação da diretoria se assim permitir seu Estatuto.

Por possuírem legitimação extraordinária e atuarem em verdadeira substituição processual, as associações substituem todo o grupo de lesados, e não somente aqueles que lhes deram autorização para agir.

Discuti-se na doutrina se as associações podem defender interesses coletivos (em sentido amplo) que ultrapassem os garantidos aos seus associados.

Hugo de Nigro Mazzilli entende que sim, afinal:

Quando uma associação defende interesses difusos ou coletivos, reconhece-se facilmente possa buscar proveito em favor de todo o grupo lesado, e até de quem dela não seja associado. Isso é inevitável, dado o caráter indivisível dos interesses difusos ou coletivos.¹²⁸

Atuando as associações em defesa de direitos individuais homogêneos, Mazzili ainda acrescenta:

O art. 103, III, do CDC, dispõe que em matéria de interesses individuais homogêneos, a procedência será erga omnes, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores. Como as associações civis públicas estão em pé de igualdade com os demais legitimados ativos para a defesa de interesses transindividuais, nada impede que o pedido que façam beneficie também pessoas que delas não são associadas. O que importa é que tenha pré-constituição temporal mínima e finalidade institucional compatível com a defesa do interesse pretendido.¹²⁹

8.1.1.8 Fundações Privadas

Muito se discutiu acerca da legitimação das fundações privadas para propor ações coletivas, o artigo 5º, IV da Lei de Ação Civil Pública - LACP apenas conferia a legitimidade às fundações, não especificando sua natureza jurídica, se pública ou privada, dando a entender que se tratava de apenas fundações públicas, pelo fato da mesma ter obtido legitimidade juntamente com os órgãos da administração indireta, que se encontravam no mesmo artigo.

Entretanto, tal entendimento não deve prevalecer, a própria lei não faz distinção entre ambas e como as fundações podem ter entre suas finalidades institucionais a defesa de direitos metaindividuais, reconhecer a legitimação tanto das públicas como as das privadas é a melhor opção para se atender o fim social que se destina o comando legal.

Desse modo, apesar de não expressamente previstas entre os legitimados ativos a propositura de ações coletivas, as mesmas estão abrangidas pelo artigo 5º, IV da LACP.

¹²⁸ Ibidem. p. 317.

¹²⁹ Ibidem.

8.1.2 Legitimidade Passiva

Como é intuitivo, deve figurar no pólo passivo da demanda coletiva todo aquele que, pessoa jurídica ou física, de direito público ou privado, ou ente despersonalizado, mas dotado de capacidade processual, que tenha ocasionado ou concorrido para a lesão ao interesse supra-individual tutelado, e que em função disso deve ser responsabilizado.¹³⁰

O Ministério Público, como não possui personalidade jurídica, não poderá figurar no pólo passivo na demanda coletiva, salvo nos casos de embargos à execução ou embargos de terceiro, quando ele próprio seja o exequente, ou em se tratando de ação rescisória de coisa julgada oriunda de ação coletiva.

Discussão importante aparece no que tange a coletividade, se esta poderia atuar no pólo passivo nas ações coletivas. Certo é que o microsistema processual coletivo não prevê tal possibilidade.

Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr. apontam alguns argumentos contrários à legitimação passiva da coletividade, apontados pela doutrina:

1.a inexistência de texto legal expresso, (...) trata-se de obstáculo insuperável. 2. Mesmo se possível em tese a ação coletiva passiva, haveria o problema da identificação do representante adequado, já que não há identificação legislativa expressa neste sentido. (...). 3. O regramento da coisa julgada coletiva, que não poderia prejudicar os direitos individuais, tendo em vista o regime de extensão in utilibus da coisa julgada às situações jurídicas individuais. (...). 4. as hipóteses de cabimento de ação coletiva no Brasil referem-se sempre à titularidade de um direito ou interesse (difuso, coletivo ou individual homogêneo), e não meramente à existência de uma questão comum de fato ou de direito, como acontece nos EUA.¹³¹

Porém tal entendimento não deve prevalecer, afinal, os que admitem a coletividade no pólo passivo da ação coletiva, entendem ser possível o controle no caso concreto da mesma pelo juiz.

¹³⁰ LEONEL, op.cit., p. 201.

¹³¹ DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, op. cit.,p. 219-220.

Sobre o argumento de que não existe previsão expressa para a legitimidade passiva da coletividade, o mesmo não deve prevalecer, como visto anteriormente no processo coletivo temos a legitimação extraordinária, não necessitando esta constar de texto expresso, bastando que se retire do sistema jurídico.

Ademais, não haveria problema em relação à identificação do legitimado coletivo passivo. A princípio, qualquer dos co-legitimados previstos em lei pode atuar no pólo passivo, cabendo ao magistrado, no caso concreto, a verificação do “representante adequado”. Nos casos de demandas coletivas passivas incidentes a outras ações coletivas (ação cautelar, embargos à execução), a identificação do legitimado passivo torna-se mais fácil: será a entidade que promoveu a demanda originária.¹³²

Logicamente, não poderia aplicar o mesmo sistema da coisa julgada coletiva no processo em que a coletividade atuaria no pólo ativo, ao processo em que atuasse no pólo passivo.

Novamente Fredie Didier Jr. e Hermes Zanetti apontam argumentos, porém agora favoráveis à legitimação passiva da coletividade:

a) a não-observância da convenção coletiva de consumo (art. 107 do CDC) implicará lide coletiva que pode gerar uma demanda judicial em que as entidades de proteção ao consumidor apareçam no pólo passivo; b) o art. 83 do CDC determina que, para a defesa dos direitos coletivos (lato sensu), são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela; c) acaso não se admita a ação coletiva passiva, não seria possível explicar a ação rescisória proposta pelo réu da ação coletiva originária, o mandado de segurança contra ato judicial ou a ação incidental propostos pelo réu em ação coletiva e os embargos à execução coletiva – todas elas demandas coletivas passivas, já que o legitimado extraordinário coletivo estaria no pólo passivo da causa, defendendo, em nome próprio, direitos coletivos (lato sensu); d) no âmbito da Justiça do Trabalho, há muito se admitem processos judiciais que tenham por objeto a discussão de convenção coletiva e trabalho (art. 1º da Lei Federal n. 8.984/95). Nessas hipóteses, os sindicatos estarão em pólos opostos defendendo em juízo interesses de suas respectivas categorias; e) não admitir a ação coletiva passiva é negar o direito fundamental de ação àquele que contra um grupo pretende exercer algum direito: ele teria garantido o direito constitucional de exceção (defesa), mas não poderia demandar; f) a prática forense, ignorando as discussões doutrinárias, vem relevando casos concretos de ações coletivas

¹³² Ibidem, p.221

passivas;¹³³h) negar a possibilidade de ação coletiva passiva é fechar os olhos para a realidade: os conflitos de interesses podem envolver particular-particular, particular-grupo e grupo-grupo. Na sociedade de massas, há conflitos de massa e conflitos entre massas.¹³⁴

8.1.3 Litisconsórcio

Se a legitimidade ativa é concorrente e disjuntiva, conforme dito anteriormente nas considerações introdutórias acerca da legitimidade, essa não impede o surgimento do litisconsórcio.

Assim, admite nas ações coletivas tanto o litisconsórcio inicial como o ulterior. Ocorrerá litisconsórcio ativo inicial quando mais de um colegitimado ingressarem juntos em juízo.

No que tange ao litisconsórcio ulterior, aquele que se forma depois de ajuizada a demanda, deve se levar em conta se houve ou não o aditamento da peça inicial, se houve ou não alteração no pedido ou na causa de pedir, pois ocorrendo tal mudança haverá litisconsórcio ulterior, caso contrário terá apenas assistência litisconsorcial.

Dúvida há se a pessoa individualmente considerada poderia ser parte nas ações coletivas, se poderia ou não atuar como litisconsorte ou como assistente litisconsorcial.

No pólo passivo, em tese qualquer pessoa poderá ser ré, assistente simples ou assistente litisconsorcial do réu, do oponente, do nomeado à autoria, do chamado ao processo, ou do denunciado à lide, tudo em conformidade com a relação jurídica que justifique o ingresso nos autos.

Até mesmo o terceiro que tenha responsabilidade regressiva pelo dano poderá ingressar no feito, uma vez que terá interesse jurídico na improcedência do pedido; só não poderá fazer na qualidade de denunciado à lide, quando a causa de pedir se funde em

¹³³ Exemplo disso: “em 2004, em razão da greve nacional de policiais federais, a União ingressou com demanda judicial em face da Federação Nacional dos Policiais Federais (FENAPEF) e do Sindicato dos Policiais Federais no Distrito Federal (SINDIPOL/DF), pleiteando o retorno das atividades; Trata-se, indubitavelmente, de uma ação coletiva passiva, pois a categoria ‘policial federal’ encontrava-se como sujeito passivo da relação jurídica deduzida em juízo”. Ibidem. p. 223.

¹³⁴ Ibidem, p. 222/224

responsabilidade objetiva, pois não se tem admitido a denunciação da lide para introduzir fundamento jurídico novo na ação.¹³⁵

Tendo em vista que os legitimados ativos atuam como verdadeiros substitutos processuais (legitimação extraordinária) somente poderá atuar como assistente litisconsorcial ou em litisconsórcio os colegitimados para propor ação coletiva, e como a pessoa individualmente considerada não se encontra nessa situação, a mesma não poderá ser autora, assistente litisconsorcial ou atuar em litisconsórcio nas ações coletivas.

Excepcionalmente tem-se a pessoa individualmente considerada como autora, nos casos de ação popular, em que o cidadão é parte legítima para propô-la, assim sendo, sempre que na ação coletiva “o pedido seja idêntico ou conexo com o que o cidadão poderia fazer na ação popular, não há como recusar a este último o litisconsórcio ou a assistência litisconsorcial no pólo ativo”¹³⁶.

Ainda, excepcionalmente também, tem-se o individuo como litisconsorte nas ações coletivas em se tratando de interesses difusos quando: a) como dito anteriormente, quando pedido idêntico possa ser formulado pelo cidadão por meio de ação popular; b) na hipótese “em que o individuo, lesado pelo mesmo dano que se discuti na ação coletiva, pretenda beneficiar-se *in utilibus* do julgamento do processo coletivo, e, após ter requerido a suspensão de seu processo individual, habilite-se como assistente litisconsorcial no processo coletivo”¹³⁷.

Assim sendo, “pode o individuo ser litisconsórcio ou habilitar-se como assistente litisconsorcial, se tinha legitimidade ordinária ou extraordinária para fazer o mesmo pedido, ou fazer um pedido conexo, ou fazer um pedido que esteja contido naquele”¹³⁸ da ação coletiva.

Por fim deve-se entender que o juiz poderá limitar o número de litisconsorte nas ações coletivas, apesar de não expresso em lei, eis que o mesmo não é necessário e sim facultativo, ademais um litisconsórcio multitudinário inviabilizaria a prestação jurisdicional que se pretende com a ação coletiva.

¹³⁵ MAZZILLI. op.cit.,p. 338.

¹³⁶ Ibidem., p. 339.

¹³⁷ Ibidem., p. 339-340.

¹³⁸ Ibidem., p.340

8.2 Relações entre demandas

No Processo Civil clássico duas situações podem ocorrer no que tange à relação entre demandas individuais.

Primeiramente pode ocorrer a identidade total dos elementos da ação, ou seja, haverá a existência de uma ação idêntica à outra, tendo as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, gerando assim duas hipóteses: a) coisa julgada: quando se repete ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso; b) litispendência: quando se repete a ação, que está em curso.

A consequência dessa identidade total dos elementos da ação, para as duas hipóteses, será a mesma: haverá extinção do processo sem julgamento do mérito, pois o juiz verificará a existência de litispendência e coisa julgada.

Entretanto poderá ocorrer apenas a identidade parcial dos elementos da ação, que se dará por meio de conexão ou continência. Dá-se a continência entre duas ou mais ações sempre que há identidade quanto às partes e à causa de pedir, mas o objeto de uma, por ser mais amplo, abrange o das outras.

E ocorrerá conexão quando duas ou mais ações lhes forem comum o objeto. Ocorrendo conexão ou continência haverá como consequência a reunião das ações propostas em separado, a fim de que sejam julgadas simultaneamente, sempre que possível.

Passada a análise das relações entre as demandas individuais, temos que no processo coletivo, como ramo autônomo do direito processual, podemos ter relações entre demandas coletivas e individuais, bem como relações entre demandas coletivas.

No campo de relação entre demandas coletivas e individuais, certo é que de um mesmo evento danoso podem surgir interesses tanto individuais como coletivos.

Porém nunca haverá identidade total de elementos, de modo que não se pode falar em litispendência e nem de coisa julgada pois dois elementos serão sempre distintos entre o processo coletivo e o individual, quais sejam: as partes e o pedido, sendo que este no processo coletivo é genérico, ao passo que na ação individual o pedido é específico.

Ademais, o Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 104, dispõe que as ações coletivas não induzem litispendência nas ações individuais.

Há a possibilidade de ocorrência da conexão, visto que entre uma ação individual e uma ação coletiva poderá possuir o mesmo fundamento de inspiração, a mesma causa de pedir, exemplificando:

[...] em razão de um acidente nuclear, as ações – individual e coletiva – poderão ser propostas com base no mesmo fato (o sinistro), e com amparo na mesma fundamentação jurídica ou não: responsabilidade por danos ambientais, responsabilidade objetiva por danos decorrentes de acidentes nucleares ou em função de reconhecimento do direito de propriedade e da respectiva lesão¹³⁹.

Não haverá continência, as partes sempre serão distintas.

Diferente do que ocorre no processo civil clássico, a consequência no caso de conexão não será a reunião das ações para julgamento em conjunto, mas sim a possibilidade de suspensão da ação individual, nos termos do artigo 104 do CDC, desde que requerida pela parte, se a mesma quiser se beneficiar dos efeitos da coisa julgada coletiva (art 103, incisos II e III do CDC).

Tratando-se da possibilidade total dos elementos da ação, certo é que há a possibilidade de termos duas ações coletivas idênticas, com as mesmas partes, mesmo pedido e causa de pedir.

Há primeira vista, poderia estar tentado a entender que somente haveria litispendência se as ações coletivas fossem propostas pelos mesmos colegitimados, porém tal pensamento não deve prevalecer, conforme entendimento de Hugo de Nigro Mazzilli:

O que são litispendência e coisa julgada, senão o mesmo fenômeno processual, com a só diferença de que na, litispendência, as duas ações idênticas estão em andamento, e na coisa julgada uma das ações já tem decisão de mérito definitiva? Ora, se nas ações civis públicas ou coletivas a coisa julgada se forma erga omnes, é porque a segunda ação, mesmo que proposta por outro colegitimado, constitui repetição

¹³⁹ LEONEL, op.cit., p. 256.

idêntica da primeira ação – ainda que a primeira ação tenha sido movida por uma associação civil e a segunda ação tenha sido movida por outra associação civil, ou pelo Ministério Público, ou por qualquer outro colegitimado à ação civil pública ou coletiva.

Ora se pode haver coisa julgada entre duas ações civis públicas com o mesmo pedido e a mesma causa de pedir, embora com autores diferentes, é evidente que, por identidade de razão, haverá litispendência entre ambas, se, ao contrário de estar uma delas já definitivamente julgada, estiverem ambas em andamento.¹⁴⁰

Mas, qual seria a consequência em caso de litispendência?

A solução não pode ser a extinção de um dos processos, mas a reunião deles para processamento simultâneo. É que nada adiantaria extinguir um dos processos, pois à parte autora, como colegitimada, poderia intervir no processo supérstite, na qualidade de assistente litisconsorcial. Por uma medida de economia, se isso for possível (se houver compatibilidade do procedimento e respeito às regras de competência absoluta), os feitos devem ser reunidos.¹⁴¹

Entende ainda Ada Pellegrini Grinover:

Uma vez havendo representantes adequados abstratamente considerados que sejam diferentes, embora em idêntica qualidade jurídica, a extinção de uma das demandas seria contrária aos princípios da efetividade e do acesso à justiça que norteiam a tutela jurisdicional supra-individual. Certamente, não sendo possível à reunião de demandas conexas ou litispendentes (para os casos em que apenas o legitimado ativo é pessoa diversa), em razão do estado em que se encontrem (em graus diferentes de jurisdição, por exemplo), a solução deverá ser, de lege ferenda, a suspensão do processo, com a aplicação do art. 265, IV, CPC. A identidade de demandas impõe o sobrestamento das causas prejudicadas, até o julgamento da causa prejudicial, com fulcro no art. 265, IV, a, do CPC.¹⁴²

Em se tratando da possibilidade de identidade parcial de elementos da ação é possível tanto à ocorrência de conexão como de continência, exemplificando, com os exemplos trazidos por Hugo de Nigro Mazzilli:

Conexão: é possível que uma associação civil proponha uma ação civil pública visando o encerramento de atividades de uma empresa

¹⁴⁰ MAZZILLI. op.cit., p. 256-257.

¹⁴¹ DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, op. cit., p.180.

¹⁴² GRINOVER, Ada Pellegrini *apud* DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, op. cit., p.180.

que polui, e, paralelamente, o Ministério Público proponha uma ação civil pública contra a mesma empresa, visando obter sua condenação na obrigação de fazer consistente em colocar um filtro adequado na chaminé de sua fábrica. A causa de pedir é a mesma (combate a poluição), mas o pedido se difere.

Continência: imaginemos que uma Associação civil ajuíze uma ação civil pública visando ao fechamento de uma empresa que polui, enquanto o Ministério Público, simultaneamente, ajuíza uma ação civil pública visando o fechamento da mesma empresa, pelo mesmo motivo, mas pedindo, ainda, indenização pelos danos já causados. A causa de pedir é a mesma, mas o pedido da segunda ação é mais abrangente que o da primeira.¹⁴³

A consequência, tanto para a conexão como para a continência será a mesma, ocorrerá reunião para o julgamento em conjunto sempre que possível, ou haverá a suspensão de uma ou mais ações coletivas, aplicando as disposições acerca da litispendência.

8.3 Competência

Competência é exatamente o resultado de critérios para distribuir entre vários órgãos as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição.¹⁴⁴

No processo individual, quatro são os critérios para a definição do juízo competente. O critério funcional, hierárquico, que estabelecem as regras de foro privilegiado; o critério material que estabelece a competência em razão do “assunto”, se determinada matéria pertence à Justiça Eleitoral, Trabalho, Federal ou Estadual; o critério valorativo, em que o valor da causa tem alguma influência na definição da competência, como ocorre nos Juizados Especiais Cíveis, por exemplo; e o critério territorial no qual se define o local do ajuizamento da ação.

O sistema brasileiro de competência estabelece que os dois primeiros critérios, funcional e material, são regras de competência absoluta, cuja regência está no artigo 113 do

¹⁴³ MAZZILLI. *op.cit.*,p. 254.

¹⁴⁴ DIDIER JUNIOR, ZANETI JUNIOR, *op. cit.*,p. 147.

CPC, tais regras protegem o interesse público que merece uma proteção melhor que o interesse particular.

Já os demais critérios, valorativo e territorial, a competência é relativa, cuja regência encontram-se nos artigos 112 e 114 do CPC, e protegem o interesse particular.

A competência no processo coletivo vale-se dos mesmos critérios estabelecidos para o processo civil clássico, veja-se:

8.3.1 Critério funcional (hierárquico) de competência:

Indaga-se nesse critério se há foro privilegiado em Ação Coletiva, e a resposta para tal indagação não se tem outra, senão negativa, com exceção ao Mandado de Segurança Coletivo e o Mandado de Injunção Coletivo, que possuem regramentos próprios, não se aplicando a eles a teoria geral do processo coletivo.

Discutia-se na doutrina e na jurisprudência se os agentes públicos, que possuem foro por prerrogativa de função na ação penal, poderia se valer de tal prerrogativa nas ações de improbidade administrativa.

O Superior Tribunal de Justiça, em dois momentos, assentou a competência do juízo singular, em razão da inexistência de regra expressa de competência em sentido contrário, muito embora afirmasse que de *lege ferenda*, impunha-se a urgente revisão das competências jurisdicionais.¹⁴⁵

Entretanto, foi publicada a Lei Federal nº 10.628/2002, que modificou a redação do artigo 84 Código de Processo Penal, acrescentando os parágrafos 1º e 2º, estabelecendo, assim, que as ações de improbidade administrativa, serão propostas perante um tribunal competente para processar e julgar criminalmente os agentes públicos, na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício da função pública.

¹⁴⁵ Ibidem.p. 147.

Ocorre que o artigo ora mencionado foi declarado inconstitucional pelo STF no julgamento das ADI's 2797 e 2860, entendendo que seus parágrafos 1º e 2º são inconstitucionais, conforme informativo do STF, número 362:

Declarou a inconstitucionalidade do §1º do art. 84 do CPP por considerar que o mesmo, além de ter feito interpretação autêntica da Carta Magna, o que seria reservado à norma de hierarquia constitucional, teria usurpado a competência do STF como guardião da Constituição Federal ao inverter a leitura por ele já feita de norma constitucional, o que, se admitido, implicaria sujeitar a interpretação constitucional do STF ao referendo do legislador ordinário. Declarou, também, a inconstitucionalidade do §2º do art. 84 do CPP. Disse que esse parágrafo veiculou duas regras: a que estende a competência especial por prerrogativa de função para inquérito e ação penais à ação de improbidade administrativa e a que manda aplicar, em relação à mesma ação de improbidade, a previsão do §1º do citado artigo. Esta última regra, segundo o relator, estaria atingida por arrastamento pela declaração de inconstitucionalidade já proferida. E a primeira implicaria declaração de competência originária não prevista no rol taxativo da Constituição Federal. Ressaltou que a ação de improbidade administrativa é de natureza civil, conforme se depreende do §4º do art. 37 da CF ("Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.") e que o STF jamais entendeu ser competente para o conhecimento de ações civis, por ato de ofício, ajuizadas contra as autoridades para cujo processo penal o seria. Salientou, ainda, que a Constituição Federal reservou às constituições estaduais, com exceção do disposto nos artigos 29, X e 96, III, a definição da competência dos seus tribunais (CF, art. 125, §1º), o que afastaria, por si só, a possibilidade da alteração dessa previsão por lei federal ordinária.¹⁴⁶

8.3.2 Critério Material de Competência

A CRFB/88 em seu artigo 121 estabelece a competência da Justiça Eleitoral, cabendo a ela julgar as ações que envolvam o Código Eleitoral, ou seja, que possuem como causa de pedir sufrágio e questões políticas partidárias.

Em tese é cabível ação coletiva na Justiça Eleitoral, desde que envolvam sufrágios e questões políticas partidárias.

¹⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo STF numero 362, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo362.htm>>, acessado em 12/12/2013.

O artigo 114 da CRFB/88 estabelece a competência para a Justiça do Trabalho, sendo pacífico na doutrina e na jurisprudência que é cabível ação coletiva na mesma.

Segundo a Súmula nº 736 STF compete à Justiça do Trabalho julgar ações que tenham como causa de pedir o descumprimento de normas trabalhistas relativas à segurança, higiene e saúde dos trabalhadores.

A 2ª Turma do STF, ao julgar o RE n. 206.220-MG (que constitui numa das fontes da Súm. nº 736 STF), entendeu competir à Justiça do Trabalho o julgamento de ação civil pública que tenha por objeto a preservação do meio ambiente do trabalho e o respeito às normas de proteção do trabalho.¹⁴⁷

A competência para a ação coletiva que envolve meio ambiente do trabalho pode, dependendo da causa de pedir e do pedido, recair tanto na competência da Justiça do Trabalho, desde que seja focado o aspecto do interesse do trabalhador na relação de emprego, quanto na competência da Justiça Comum, quando o fato for tratado não sob o prisma do direito do trabalhador, mas atacando interesse geral da sociedade.¹⁴⁸

A CRFB em seu artigo 109, I determina a competência da Justiça Federal. Em regra, correrão pela Justiça Federal as Ações Coletivas em que haja interesse da União, entidade autárquica ou empresa pública federal, na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes; entretanto há autorização constitucional para que a lei ordinária indique as causas a serem julgadas em primeiro grau pela Justiça Estadual, cabendo recurso a Tribunal Federal (o Estatuto da Criança e do Adolescente ressalva a competência da Justiça Federal, no tocante às ações civis públicas em defesa da criança e do adolescente; o Código de Defesa do Consumidor ressalva a competência da Justiça Federal no tocante às ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos).¹⁴⁹

Assim, a competência dos juízes ou tribunais federais ocorrerá quando: a) se houver interesse da União, entidade autárquica ou empresa pública federal, na condição de autora, ré, assistente ou oponente; b) se houver interesse da fundação federal, a quem se dá o mesmo tratamento das autarquias; c) se houver interesse das pessoas jurídicas de direito público mencionadas nas letras anteriores, na condição de litisconsorte necessárias; d) quando se tratar

¹⁴⁷ MAZZILLI. op.cit., p. 269-270.

¹⁴⁸ CALVET, Otávio. *apud*. MAZZILLI. Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 22.ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.271.

¹⁴⁹ MAZZILLI. op.cit., p. 286-287.

de danos causados por poluição de óleo; e) se houver conflito entre a União e os Estados, a União e o Distrito Federal, ou entre uns e outros, inclusive as respectivas entidades da administração indireta.¹⁵⁰

É cediço que a competência da Justiça Estadual é residual, não se sendo de competência das Justiças acima citadas, será de competência da Justiça Estadual.

8.3.3 Critério valorativo de competência

Para as ações coletivas, trata-se de um critério irrelevante em âmbito nacional para a definição de competência, pois o artigo 3º, parágrafo 1º, I da Lei nº 10.259/01 (Lei dos Juizados Especiais Federais) veda o cabimento de Ações Coletivas nos Juizados Especiais.

Ademais, mesmo que não houvesse vedação expressa, as ações coletivas, por si só, envolvem grande complexidade, não admitindo as mesmas em se tratando de juizados especiais.

Tal entendimento deverá ser aplicado por analogia, aos juizados especiais estaduais.

8.3.4 Critério territorial de competência

A competência territorial, também conhecida de competência funcional territorial ou territorial absoluta, nas ações coletivas, diversamente, do que ocorre no processo individual, é absoluta, embora fixada em razão do local do dano, de acordo com a doutrina e a jurisprudência tais regras são de interesse público, com o objetivo de aproximar o juiz ao dano, portanto, inderrogável e improrrogável por vontade das partes.

¹⁵⁰ Ibidem. p. 288-289

O artigo 93 do Código de Defesa do Consumidor passou a prever a competência territorial para as ações coletivas, determinando a competência de acordo com o local do dano, a depender se o dano é local, regional ou nacional. Mas este critério é criticado pela doutrina, já que a lei não vem a definir exatamente o que compreende por dano local, regional ou nacional, de modo que a doutrina vem buscando esta definição, conforme citado por Elton Venturi¹⁵¹:

Assim, v.g., estima-se a repercussão lesiva a partir das perspectivas incertas ou indeterminadas, conforme Luiz Paulo da Silva Araújo Filho: “Dano de âmbito local é aquele de limitadas proporções, que atinge um determinado Município, ou pontos de determinados Municípios (quando haveria, se não estiverem compreendidos numa mesma Comarca, competência concorrente), mas que não alcança uma área considerável, toda uma região. Dano de âmbito regional, por sua vez, é aquele que assume maiores proporções, alcançando grandes dimensões de um ou de alguns Estados Federados (quando haveria competência concorrente), mas que não chega a tocar a nação. Por fim, dano de âmbito nacional é aquele de extraordinárias proporções, que alcança enorme repercussão e atinge tantos Estados que passa a afetar o próprio país.

Já para Arruda Alvim, “se vários municípios, dentro de um mesmo Estado federado, estiverem compreendidos numa mesma comarca, tratar-se-á de dano de âmbito local. Este entendimento, que fixará a competência do juízo proximamente ao dano, ou da possível ocorrência do dano, é o que convém e que se ajusta à finalidade da disciplina de competência do Código de Defesa do Consumidor (...). Quando transcender à área de uma dada Comarca, tratar-se-á de dano regional, enquanto circunscrito ao âmbito de um Estado federado e a competência para a causa é o do foro da capital do Estado. A competência será da comarca do Distrito Federal quando o dano que haja ocorrido transcender, ou, se ainda por vir a ocorrer, puder vir a transcender, a área geográfica de mais de um Estado, ganhando por isso, âmbito nacional (o dano, por exemplo, deve vir a ocorrer em âmbito nacional, ainda que já existente em âmbito local ou regional)”.

Segundo Ada Pellegrini Grinover, por sua vez, a delimitação dos danos estaria condicionada ainda a outros fatores, como v.g., “em razão da circulação limitada de produtos ou da prestação de serviços circunscritos”, hipótese que caracterizaria danos meramente locais por se revelarem “mais restritos” porque “atingirão pessoas residentes num determinado local”.

¹⁵¹ VENTURI, Elton. *A Competência Jurisdicional na Tutela Coletiva*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2007.p.99-100.

Indaga-se, ainda, se a fixação do local do dano teria correlação com o critério geopolítico ou com o critério da divisão jurisdicional.

Logicamente o critério legalmente utilizado para a fixação de competência territorial não poderia adotar outro parâmetro que não o da divisão da organização jurisdicional brasileira, devendo observar, assim, seja no âmbito da justiça estadual, seja no da justiça federal, as respectivas estruturas, tanto em primeira como na segunda instância.¹⁵²

Certo é que “a ausência de precisão legislativa a respeito do que constitua dano local, regional ou nacional acaba gerando insegurança num dos momentos cruciais da tutela coletiva, qual seja, o da própria determinação do órgão julgador”¹⁵³

Acerca ainda da competência territorial, importante mencionar que o artigo 16, Lei Federal nº 7.347/85, e o artigo 2º-A, Lei Federal nº 9.494/97, visam restringir a eficácia subjetiva da coisa julgada em ação coletiva, impondo uma limitação territorial a essa eficácia, restrita ao âmbito da jurisdição do órgão prolator da decisão.¹⁵⁴

Tais dispositivos mostram-se inconstitucionais e inúteis, pois impõem exigências absurdas, bem como permitem o ajuizamento simultâneo de tantas ações civis públicas quantas sejam as unidades territoriais em que se divida a respectiva Justiça, mesmo que sejam demandas iguais, envolvendo sujeitos em igualdade de condições, com a possibilidade teórica de decisões diferentes em cada uma delas.¹⁵⁵

A limitação da competência (*rectius*: jurisdição) não deve subsistir frente aos princípios mais simples referentes à ação coletiva, tais como o tratamento molecular do litígio e a indivisibilidade do bem tutelado.¹⁵⁶

Fredie Didier Jr e Hermes Zaneti Jr, apontam cinco objeções às restrições teóricas e pragmáticas a esses dispositivos:

a) ocorre o prejuízo a economia processual e fomento ao conflito lógico e prático de julgados; b) representa ofensa aos princípios da igualdade e do acesso à jurisdição, criando diferença no tratamento processual dado aos brasileiros e dificultando a proteção dos direitos

¹⁵² Ibidem.p.101.

¹⁵³ Ibidem. p. 103.

¹⁵⁴ DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, op. cit., p. 159.

¹⁵⁵ Ibidem., p. 160.

¹⁵⁶ Ibidem.p.161.

coletivos em juízo; c) existe indivisibilidade ontológica do objeto da tutela jurisdicional coletiva, ou seja, é da natureza dos direitos coletivos *lato sensu*, sua não separatividade no curso da demanda coletiva, são indivisíveis por lei (art. 81, parágrafo único do CDC); d) há, ainda, equívoco na técnica legislativa que acaba por confundir competência, como critério legislativo para repartição da jurisdição, com a imperatividade decorrente do comando jurisdicional, esta última elemento do conceito de jurisdição que é uma em todo o território nacional; e) por fim, existe a ineficácia da própria regra de competência em si, vez que o legislador estabeleceu expressamente no art. 93 do CDC (lembre-se, aplicável a todo o sistema das ações coletivas) que a competência para o julgamento do ilícito de âmbito regional ou nacional é do juízo da capital dos Estados ou no Distrito Federal, nos termos da Lei em comento, ampliou a " jurisdição do órgão prolator".¹⁵⁷

A matéria no Superior Tribunal de Justiça se mostra controversa quanto à limitação territorial da sentença coletiva ao órgão prolator, conforme se vê nos seguintes julgados:

PROCESSO CIVIL E DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. AGRAVO REGIMENTAL. CONTRATOS DE SEGURO DE VIDA. APLICAÇÃO DO CDC. SÚMULA 83 DO STJ. ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. LIMITAÇÃO TERRITORIAL. IMPROPRIEDADE. MATÉRIA PACIFICADA EM SEDE DE RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA.1. Aplicabilidade do CDC a contrato de seguro de saúde em grupo. Incidência da Súmula 83 do STJ: "Não se conhece do recurso especial pela divergência quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida." 2. A sentença proferida em ação civil pública versando direitos individuais homogêneos em relação consumerista faz coisa julgada erga omnes, beneficiando todas as vítimas e seus sucessores, uma vez que "os efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decidido, levando-se em conta, para tanto, sempre a extensão do dano e a qualidade dos interesses metaindividuais postos em juízo (arts. 468, 472 e 474, CPC e 93 e 103, CDC)." (REsp 1243887/PR, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado sob a sistemática prevista no art. 543-C do CPC, em 19/10/2011, DJe 12/12/2011) 3. Agravos regimentais não providos.(AgRg no REsp 1094116/DF, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 21/05/2013, DJe 27/05/2013)¹⁵⁸.

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. SERVIDOR PÚBLICO. PROVENTOS.REAJUSTE. ÍNDICE APLICADO AOS BENEFÍCIOS DO RGPS. MATÉRIA ANALISADA PELA CORTE DE ORIGEM À LUZ DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIACÃO. AÇÃO COLETIVA. EFEITOS DA SENTENÇA.COMPETÊNCIA TERRITORIAL. 1.

¹⁵⁷ Ibidem.p.161-162.

¹⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. , Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. AgRg no REsp 1094116/DF, julgado em 21/05/2013, DJe 27/05/2013. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC2>>, acesso em 13/12/2013.

Embora a UFPR alegue ter ocorrido violação de matéria infraconstitucional, segundo se observa dos fundamentos do acórdão relativos à controvérsia acerca dos índices do RGPS aplicáveis ao reajuste de proventos, a Corte de origem não só consignou que Lei n. 10.887/2004, também nada proveu a respeito dos índices, bem como analisou a matéria à luz de portarias e dispositivos da Constituição Federal. 2. A competência do Superior Tribunal de Justiça refere-se à matéria infraconstitucional. A discussão sobre preceitos da Carta Maior cabe à Suprema Corte, ex vi do art. 102 da Constituição Federal. 3. É pacífico nesta Corte o entendimento de que a sentença proferida em ação coletiva abrangerá apenas os substituídos, nos limites da competência territorial do órgão julgador, nos termos do art. 2º-A da Lei n. 9.494/97. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1385686/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 13/11/2013)¹⁵⁹.

Espera-se que para uma efetiva tutela dos direitos coletivos os Tribunais Superiores definam sua posição, optando pela inconstitucionalidade da limitação imposta.

8.4 Aspectos da Coisa Julgada Coletiva

Entende-se por coisa julgada a “eficácia que torna imutável a sentença, seja definitiva ou terminativa, não mais sujeita a recurso de qualquer espécie (art. 467 CPC)”¹⁶⁰.

No processo individual a coisa julgada possui limites, subjetivos e objetivos. Os limites objetivos só fazem coisa julgada no que constar no dispositivo da sentença, ou seja, no pedido e na causa de pedir (artigo 468 CPC), ao passo que os limites subjetivos impõem que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando terceiros.¹⁶¹ A coisa julgada no processo individual é *pro et contra*, favorece e prejudica.

Diferentemente do que ocorre no processo coletivo, em que é da sua essência que a coisa julgada atinja terceiros, não o aplicando, portanto, o regime do processo individual.

Inarredável é que a coisa julgada nas ações coletivas apresenta peculiaridades que decorrem da natureza da relação jurídica de direito material tutelado.

¹⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Rel. Ministro Humberto Martins. AgRg no REsp 1385686/PR, julgado em 05/11/2013, DJe 13/11/2013 Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC2>>, acessado em 13/12/2013.

¹⁶⁰ DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 7. ed. ampl. e atual. Até a Lei n. 11.441, de 4/1/2007. Lumen Juris. Rio de Janeiro: 2007. p.340.

¹⁶¹ Ibidem. p.340.

A necessidade de reconhecimento de maior extensão aos efeitos da sentença coletiva é consequência da indivisibilidade dos interesses tutelados (material ou processual), tornando impossível cindir seus efeitos da decisão judicial, pois a lesão a um interessado implica a lesão a todos, e o proveito a um a todos beneficia. É a indivisibilidade do objeto que determina a extensão dos efeitos do julgado a quem não foi “parte” no sentido processual, mas figura como titular dos interesses em conflito.¹⁶²

O que traz um tratamento diferencial à coisa julgada, no que tange aos interesses metaindividuais, é a impossibilidade concreta de interferência dos indivíduos na demanda coletiva.

O Código de Defesa do Consumidor e a Lei de Ação Civil Pública, que integram o microsistema processual coletivo, disciplinou a coisa julgada em seus artigos 103 e artigo 16, respectivamente.

De modo que a previsão é de extensão do comando da sentença no processo coletivo em caráter benéfico, em caso de procedência da ação, e na hipótese de improcedência quando demonstrado que a pretensão era infundada. Se a improcedência decorre de insuficiência de provas, *secundum eventum probationis*, o julgado produz efeitos somente entre as partes processuais, sendo possível renovação da demanda com base em novas provas. A este o sistema convencionou-se denominar coisa julgada *secundum eventum litis*, e extensão *in utilibus* aos efeitos do julgado.¹⁶³

O legislador valeu-se de expressões latinas, *ultra partes*, além das partes, e *erga omnes*, contra todos, a fim de demonstrar que “na tutela coletiva a imutabilidade do *decisum* alcançará pessoas que não participaram da relação processual. Sob esse aspecto, ambas as expressões significam a mesma coisa”¹⁶⁴.

Apesar de tais expressões significarem a mesma coisa (como explicado acima), o legislador quis diferenciá-las: “com coisa julgada *erga omnes*, quis alcançar imutabilidade do *decisum* em relação a todo grupo social, e com a coisa julgada *ultra partes*, quis alcançar, sim, também mais do que meras partes da ação coletiva, mas menos do que todo o grupo social, porque agora limitou a imutabilidade ao grupo, classe ou categoria de pessoas atingidas”¹⁶⁵.

¹⁶² LEONEL, op.cit., p. 258-259.

¹⁶³ Ibidem.p.266

¹⁶⁴ MAZZILLI. op.cit., p. 565.

¹⁶⁵ Ibidem.p.566

Feita essas considerações passaremos a análise da coisa julgada nos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, no que tange ao resultado da ação, *secundum eventus litis*, valendo-se da explicação de Hugo de Nigro Mazzilli:

a) pedido julgado procedente – em matéria de interesses difusos ou individuais homogêneos, a imutabilidade do decisum proferido em ação civil pública ou coletiva será erga omnes. Em caso de interesses individuais homogêneos, ainda que a lei também diga que haverá coisa julgada erga omnes, no fundo a imutabilidade se limitará ao grupo, classe ou categoria de lesados, ou a seus sucessores. Se o próprio lesado tiver ação individual em andamento, só se beneficiará do resultado da ação coletiva se tiver requerido oportunamente a suspensão de seu processo individual. Se se tratar de interesses coletivos, os efeitos serão ultra partes, mas ficarão limitados ao grupo, categoria ou classe.

b) pedido julgado improcedente; nas ações civis públicas ou coletivas, a improcedência por falta de provas não gera imutabilidade do decisum, pois nova ação poderá ser proposta por qualquer legitimado ativo, desde que fundada em nova prova (coisa julgada *secundum eventus probationis*). Sobrevindo improcedência por qualquer outro motivo que não a falta de provas, haverá, conforme o caso, eficácia erga omnes ou ultra partes, a impedir o ajuizamento de outra ação civil pública ou coletiva com o mesmo objeto (segundo o sistema do CDC, a imutabilidade será ultra partes, quando a sentença deva se estender a todo o grupo, classe ou categoria de lesados determináveis, reunidos de maneira indivisível pela mesma relação jurídica básica; será erga omnes nos demais casos). Entretanto, se o objeto da ação coletiva consistir na defesa de interesses coletivos, em sentido estrito, ou de interesses individuais homogêneos, a improcedência jamais impede a propositura de ações individuais, salvo para os lesados que tenham comparecido à ação coletiva como litisconsorciais.¹⁶⁶

Mas o que seria a expansão, ou transporte, *in utilibus* dos julgados coletivos?

Trata-se de um fenômeno em que o julgado coletivo somente beneficiará os indivíduos interessados, ou seja, “somente ocorrerá quando em benefício de vítimas e seus sucessores, mas nunca em prejuízo de lesados individuais que não tenham intervindo no processo coletivo”¹⁶⁷, visa-se, com o mesmo, evitar-se a propositura de ações individuais de conhecimento, “em reconhecível evolução em prol do efetivo acesso à justiça e à ordem jurídica justa”.¹⁶⁸

¹⁶⁶ Ibidem.p. 570-571.

¹⁶⁷ Ibidem.p.578.

¹⁶⁸ LEONEL, op.cit., p.275.

Porém, para o autor da ação individual já proposta se beneficiar da procedência da coletiva deve requerer a suspensão da sua ação individual no prazo de 30 dias a contar da comunicação na ação individual da existência de uma ação coletiva com o mesmo objetivo (artigo 104 CDC). Caso contrário, a ação individual terá prosseguimento, não podendo se valer o autor individual da coisa julgada coletiva. Não havendo a comunicação por parte do réu, o autor individual se beneficiará, pois o réu não cumpriu com o seu dever.

Diante disto surge uma dúvida: E se a ação individual já foi julgada improcedente, e só depois sobreveio uma ação coletiva julgada procedente, o individuo poderá se valer do transporte *in utilibus*?

Hugo de Nigro Mazzilli entende que sim, trata-se, afinal, de uma questão de igualdade, ademais, o indivíduo não poderia ser prejudicado em detrimento de uma oportunidade que não teve, qual seja, de requerer a suspensão.

Já Ada Pellegrini Grinover entende que o individuo não pode ser beneficiado, a coisa julgada coletiva é genérica, já a individual não, devendo prevalecer esta sobre aquela.

Excepcionalmente prevê o artigo 94 do CDC, que os indivíduos que atuarem no processo (coletivo e individuais homogêneos) como assistentes litisconsorciais a coisa julgada para eles serão *pro et contra*.

Não se pode esquecer que também é possível nos termos do artigo 103, parágrafo 4º do CDC o transporte *in utilibus* da coisa julgada penal, mas apenas e exclusivamente contra o condenado na ação penal. Tratando de sentença absolutória a mesma não prejudica a pretensão individual, salvo se provado a inexistência do fato e da conduta praticado pelo agente.

Para exemplificação do já exposto utiliza-se dois quadros sinóticos apresentados por Hugo de Nigro Mazzilli:¹⁶⁹

Segundo a natureza do interesse		
	Sentença de procedência	Sempre tem eficácia <i>erga omnes</i>

¹⁶⁹ MAZZILLI. op.cit., p. 571-572.

Difusos			
	Sentença de improcedência	Por falta de provas	Sem eficácia <i>erga omnes</i>
		Por outro motivo	Com eficácia <i>erga omnes</i>
Coletivos	Sentença de procedência	Tem eficácia <i>ultra partes</i> , limitadamente ao grupo, categoria ou classe	
	Sentença de improcedência	Por falta de provas	Sem eficácia <i>ultra partes</i>
		Por outro motivo	Com eficácia <i>ultra partes</i>
Individuais Homogêneos	Sentença de procedência	Com eficácia <i>erga omnes</i> para beneficiar vítimas e sucessores	
	Sentença de improcedência	Não tem eficácia <i>erga omnes</i>	

Segundo o resultado do processo		
Sentença de Procedência	Beneficia todos os lesados, observado o art. 104 do CDC; tratando-se de interesses coletivos, seus efeitos limitam-se ao grupo, categoria ou classe de pessoas atingidas	
Sentença de Improcedência	Por falta de provas	Não prejudica os lesados
	Por outro motivo	Prejudica os lesados, exceto em matéria de interesses individuais homogêneos, observado o artigo 94 do CDC.

Desse modo, podem se tirar as seguintes conclusões, trazidas por Hugo de Nigro Mazzilli:

a) a coisa julgada será erga omnes, na ação civil pública ou coletiva que verse interesses difusos, quando julgada procedente; b) a coisa julgada será erga omnes, na ação civil pública ou coletiva que verse interesses difusos, caso a improcedência se funde em qualquer motivo que não seja a falta de provas; c) não haverá coisa julgada material na ação civil pública ou coletiva que verse interesses difusos, se a improcedência for por falta de provas; d) a coisa julgada será ultra partes, mas limitadamente ao grupo, classe ou categoria de lesados, na ação civil pública ou coletiva que verse interesses coletivos, caso a improcedência se funde em qualquer motivo que não seja a falta de provas; e) não haverá coisa julgada material, na ação civil pública ou coletiva que verse interesses coletivos, se a improcedência for por falta de provas, salvo para os lesados individuais que intervieram na ação coletiva; f) a coisa julgada será erga omnes, na ação civil pública ou coletiva que verse interesses individuais homogêneos, se for julgada procedente, e, nesse caso, beneficiará vítimas e sucessores; g) não haverá coisa julgada material, na ação civil pública ou coletiva que verse interesses individuais homogêneos, caso venha a ser julgada improcedente por qualquer motivo, salvo para os lesados individuais que intervieram na ação coletiva.¹⁷⁰

8.5 Execução da Sentença Coletiva

Execução consiste no conjunto de atos estatais através dos quais, com ou sem o concurso da vontade do devedor, invade-se o seu patrimônio para, à custa dele, realizar-se o resultado prático desejado pelo direito objetivo material.¹⁷¹

O legislador pouco mencionou acerca da execução coletiva, deixando a cargo do operador do direito, valendo-se de subsídios do processo individual, delimitar os contornos do procedimento executivo de sentença coletiva.

A execução de sentença coletiva segue o procedimento sincrético do Código de Processo Civil e sua efetivação dependerá da natureza do direito coletivo *lato sensu* invocado, se difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

¹⁷⁰ MAZZILLI. *op.cit.*, p. 572.

¹⁷¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *apud*. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. De acordo com a Lei nº 10.444/02. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 368.

Dois são os regimes de execução dos interesses difusos e coletivos *stricto sensu*: a execução da pretensão coletiva e a execução da pretensão individual.

Tratando-se da Execução da pretensão coletiva, em que dispõe o artigo 15 da Lei de Ação Civil Pública - LACP que “decorridos 60 (sessenta) dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que a associação autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados”, trata-se, pois do princípio da indisponibilidade da execução coletiva.

Deve-se compreender que o artigo não trata tão somente da inércia das associações, mais de qualquer outro co-legitimado, conferindo, o dispositivo, legitimidade a todas as pessoas elencadas no art.5º da LACP para promover a execução de sentença proferida na ação em que não foram autoras.

Da leitura do dispositivo, percebe-se que, não assumindo a execução qualquer colegitimado, o Ministério Público deverá fazê-lo, não se trata de uma mera faculdade, e sim de um dever do “Parquet”, em caso de abandono ou desistência por qualquer legitimado.

É competente para a liquidação e execução coletiva o juízo da condenação, nos termos do artigo 98, parágrafo 2º, II do Código de Defesa do Consumidor - CDC.

Duas são a destinação da execução da pretensão coletiva: primeiramente, busca-se, a recomposição do patrimônio público lesado (Execução de fazer ou não-fazer), não sendo este possível, ou não sendo o caso, passa-se para a segunda opção, execução por quantia certa, visando obter o valor em dinheiro da indenização pelo dano causado que será revertido ao Fundo de que trata o artigo 13 da LACP.

Visualiza-se, portanto, que a execução por quantia certa, somente será possível quando impossível o ressarcimento na forma específica¹⁷², ou seja, “na hipótese de impossibilidade de reconstituição do bem lesado, o dinheiro deverá ser utilizado para amenizar os danos causados ou em fomento a atividades correlatas à natureza da lesão (por

¹⁷² Forma específica é aquela que, em princípio, deve conferir ao lesado a situação equivalente àquela que existiria caso o dano não houvesse ocorrido. MAZZEI, Rodrigo. Nolasco, Rita Dias (coordenadores). *Processo Civil Coletivo* – São Paulo: Quartier Latin, 2005. texto: Contornos Nucleares da Execução Coletiva. Rita Dias Nolasco, p.441.

exemplo, programas de prevenção para evitar lesão)”¹⁷³, razão pela qual será destinada ao Fundo.

Tal Fundo é rígido pela Lei federal nº 9.008/95 e por demais leis estaduais que o regulamentam, e os recursos por ele arrecadados “serão distribuídos para a efetivação das medidas impostas no art. 3º da mencionada lei e suas aplicações deverão estar relacionadas com a natureza da infração ou de dano causado (Decreto nº 1.306/1994)”.¹⁷⁴

Dispõe o artigo 84, parágrafo 4º que o juiz de ofício poderá valer-se de medidas assecuratórias para a obtenção da tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, tais como multas diárias por atraso (“*astreinte*” - que tem natureza coercitiva e não indenizatória), busca e apreensão, dentre outras, trata-se de um rol meramente exemplificativo.

Já, a Execução da pretensão individual refere-se a hipótese do transporte *in utlibus* da coisa julgada coletiva de que trata o artigo 103, parágrafo 3º e 104 do CDC, em que possuirá legitimidade para tal execução, vítimas e seus sucessores.

O juízo competente para o julgamento da execução da pretensão individual pode ser tanto o juízo da condenação (artigo 98, parágrafo 2º, II do CDC) ou o juízo do domicílio do autor (artigo 101, I do CDC).

A prática forense favorece a tese acima. Admitir-se somente o aforamento da execução individual da sentença coletiva no juízo da condenação seria inviabilizar a fruição do benefício da sentença, com negativa de acesso à justiça para os lesados que residissem em lugares distantes. Haveria, também, emperramento dos serviços judiciais, pois, com milhares de lesados liquidantes e posteriormente exequentes, todos os feitos tramitariam num mesmo foro, gerando volume de processos intransponível aos cartórios judiciários.¹⁷⁵

Trata-se de sentença genérica, desse modo, as vítimas ou seus sucessores, para se beneficiarem da mesma, deverão liquidá-la, a fim de que se verificar a extensão do dano e a identidade da vítima, desse modo, a liquidação não apura tão somente o *quantum debeatur*, como no processo individual, mas também o *na debeatur*.

¹⁷³ MAZZEI, Rodrigo. Nolasco, Rita Dias (coordenadores). Processo Civil Coletivo – São Paulo: Quartier Latin, 2005. texto: *Contornos Nucleares da Execução Coletiva*. Rita Dias Nolasco, p.440.

¹⁷⁴ DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR. op.cit., p. 390.

¹⁷⁵ LEONEL. op. cit.,p. 379.

Quanto aos interesses individuais homogêneos há predominância ressarcitória, pois a finalidade do tratamento coletivo nesta seara é a obtenção do acerto judicial, e a possibilidade de reparação dos indivíduos lesados, em um único provimento estatal¹⁷⁶

Três são os regimes de execução de sentença que verse sobre interesses individuais homogêneos: a) execução da pretensão individual; b) execução da pretensão individual coletiva; c) execução da pretensão coletiva residual.

A execução da pretensão individual refere-se à hipótese do artigo 97 do CDC, que dispõe que a liquidação e a execução de sentença coletiva que verse sobre interesses individuais homogêneos poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores. Aplica-se aqui todas as considerações feitas acerca da execução da pretensão individual que verse sobre interesses difusos e coletivos *stricto sensu*.

Sobre a execução da pretensão individual coletiva dispõe o artigo 98 do CDC que “a execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o art.82 (e artigo 5º da LACP, são as pessoas mencionadas no item 6 desse trabalho), abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiveram sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções”.

Trata-se da possibilidade de execução coletiva, pelos mesmos legitimados do artigo 82 (artigo 5º da LACP) que propuseram a ação coletiva de conhecimento, em que as vítimas, para se beneficiarem de tal possibilidade, deverão promover a prévia liquidação individual, “para fixação do *quantum debeatur*, pois a condenação teve caráter genérico, de fixação da responsabilidade do demandado pelos danos causados”.¹⁷⁷

Na execução sob a forma coletiva não há substituição processual, mas fenômeno que se identifica com a representação processual. O habilitado estará movendo a demanda executiva em nome alheio e na defesa do interesse alheio, das vítimas identificadas, a respeito das quais já tenha sido ultimada a liquidação da sentença.¹⁷⁸

A execução da pretensão individual coletiva deverá ser ajuizada no mesmo foro do processo de conhecimento (artigo 98, parágrafo 2º, II do CDC), não existe a possibilidade facultada ao autor da execução da pretensão individual, de ajuizar em seu domicílio.

¹⁷⁶ Ibidem, p. 377.

¹⁷⁷ Ibidem. p.380

¹⁷⁸ Ibidem. p.379.

Por fim, a execução da pretensão coletiva residual, que se trata da hipótese prevista no artigo 100 do CDC, e a mesma é chamada de residual, “só será efetuada se após o prazo de um ano, a partir do trânsito em julgado da procedência da sentença de condenação genérica, não ocorrer a habilitação dos interessados ou caso essa sentença não seja objeto de liquidação e execução pelas vítimas em número compatível com a gravidade do dano”¹⁷⁹.

Assim, tem-se como critério de liquidação do dano, qual seja, a gravidade do mesmo, bem como o número de vítimas habilitadas. Possui legitimidade para tal as pessoas elencadas no artigo 82 do CDC e artigo 5º da LACP.

O foro competente para o ajuizamento da execução da pretensão coletiva residual, nos termos do artigo 98, parágrafo 2º, II do CDC, é o do juízo da condenação.

Deve-se ressaltar, como salienta Mazzilli, que o prazo de um ano:

Não é para que os lesados compareçam e liquidem ou executem a sentença dentro dos autos do processo coletivo, o que poderia provocar um tumulto incalculável nos autos da ação civil pública ou coletiva. Esse prazo é para que os indivíduos compareçam e se habilitem como lesados que são, o que provocará dois efeitos: a) será expedida em seu favor o título que lhes permitirá em separado promover a liquidação ou a execução individual em foro próprio, no tocante à parte que lhes diga respeito da condenação coletiva; b) em caso de sobrevir liquidação ou execução coletivas, estas só objetivarão a defesa de lesados que não se tenham habilitado no prazo da lei dentro do processo coletivo.¹⁸⁰

¹⁷⁹ MAZZEI. NOLASCO. op.cit., p.445.

¹⁸⁰ Ibidem., p. 411.

9. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROJETO DE LEI Nº 5.139/09

O Projeto de Lei nº 5.139/09 foi elaborado por uma comissão especial do Ministério da Justiça formada por renomados juristas e advogados. A missão era apresentar proposta de readequação e modernização da tutela coletiva diante das profundas transformações sociais ocorridas desde a edição da Lei da Ação Civil Pública, em 1985.¹⁸¹

Este projeto ostenta, em seu conjunto, muitos méritos, no sentido de consolidar posições da doutrina e da jurisprudência, sistematizar, em um só diploma legislativo, o conjunto de princípios e regras esparsas, que compõem o denominado “direito processual coletivo”, bem como de regulamentar, de forma mais detalhada e inovadora, esse ramo da Ciência Processual que, a cada dia, vem demonstrando maior autonomia com relação ao direito processual civil tradicional.¹⁸²

A proposta de modificação da Lei de Ação Civil Pública pretende evitar a repetição indiscriminada de demandas individuais com o mesmo objetivo, ou seja, haverá uma única ação sobre determinada questão, ao invés de milhares de processos idênticos. Com a nova lei, o acesso à Justiça será garantido com maior agilidade, efetividade e segurança jurídica. Segundo o secretário de Reforma do Judiciário, Rogério Favreto, a intenção é promover uma nova cultura de valorização da solução coletiva. "Os avanços terão reflexo amplo e imediato na defesa dos direitos coletivos no Brasil".¹⁸³

Com a nova lei, anunciada pelo secretário, o Ministério Público deixará de ser a única instituição legitimada a propor ação civil pública. Quando aprovada, a Defensoria Pública, a Ordem dos Advogados do Brasil e até mesmo os Partidos Políticos poderão atuar na defesa dos direitos coletivos.¹⁸⁴

¹⁸¹BRASIL. Jus Brasil Notícias, *Projeto Amplia abrangência de Ação Civil Pública*, Extraído de: OAB/Maranhão – 18 de junho de 2009, disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1363020/projeto-amplia-abrangencia-de-acao-civil-publica>> Acesso em 20 de janeiro de 2014.

¹⁸² BANDARRA, Leornado Azevedo. *Parecer do CNPG ao PL 5139/2009*, p. 4. disponível em http://www2.mp.pr.gov.br/direitoshumanos/cpcc_par01.php, incluído em 30/6/2009 . Acesso em 20 de janeiro 2014.

¹⁸³ BRASIL. Jus Brasil Notícias, MJ quer aprovação da nova lei de Ação Civil Pública e Dívida Ativa, Extraído de: Ministério da Justiça, 23 de abril de 2009. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1019242/mj-quer-aprovacao-da-nova-lei-de-acao-civil-publica-e-divida-ativa>. Acesso em 20 de janeiro 2014.

¹⁸⁴ BANDARRA. op.cit. p.4.

Atualmente, as ações para reparação de dano coletivo que atinja a várias regiões do país são julgadas em vários tribunais, podendo ter decisões diferentes. A nova regra impede que isso aconteça; prevalecerá a primeira ação ajuizada, impedindo novas ações coletivas sobre o mesmo tema.¹⁸⁵

O mencionado projeto de lei ainda amplia os direitos coletivos que podem ser objeto de ação civil pública, a fim de aumentar a tutela dos interesses da coletividade.

No que tange ao foro competente para propor as demandas coletivas o Projeto de Lei nº 5.139/09 também traz modificações, e cria o cadastro de acompanhamento de inquéritos civis e compromissos de ajustamento de conduta, sob a responsabilidade do Conselho Nacional do Ministério Público, e outro relacionado a ações civis públicas ajuizadas, sob o controle do Conselho Nacional de Justiça, com a finalidade de evitarem-se processos repetitivos e decisões contraditórias.

A opção de alteração da Lei de Ação Civil Pública teve o objetivo de adequá-la ao momento histórico atual brasileiro, visto que a alteração da lei em vigor é mais favorável do que a criação de um novo código.¹⁸⁶

A própria Comissão do CNJ ao encaminhar o projeto de lei ao Presidente da República, cita os objetivos do mesmo¹⁸⁷:

2. O anteprojeto também objetiva ser uma adequação às significativas e profundas transformações econômicas, políticas, tecnológicas e culturais em âmbito global, significativamente aceleradas nesta virada do século XX, para o fim de prever a proteção de direitos que dizem respeito à cidadania, não consubstanciados pela atual Lei da Ação Civil Pública, de 1985. 3. O Código de Processo Civil, de 1973, balizador da disciplina processual civil, mas ainda fundado na concepção do liberalismo individualista, não responde neste novo estágio de evolução jurídico-científica ao alto grau de complexidade e especialização exigidos para disciplinar os direitos coletivos, difusos e

¹⁸⁵ Ibidem.

¹⁸⁶ Portal Fator Brasil, MPT defende ações coletivas como benefício à sociedade, publicado em 28/05/2009, 11h04min, disponível em http://www.revistafator.com/ver_noticia.php?not=78929, Acesso em 20 de janeiro de 2014 : “O advogado Luiz Manuel Gomes Júnior, que foi relator do anteprojeto (convertido no PL 5139/09), explicou que o Sistema Único das Ações Coletivas deverá aperfeiçoar a Lei de Ações Cíveis Públicas, de forma a centralizar e reestruturar o atual sistema. Disse, ainda, que a opção pela alteração da Lei de Ação Civil Pública (ACP) teve o objetivo de adequá-la ao momento histórico atual brasileiro. "Precisamos trabalhar com o que é possível e a alteração da lei em vigor é mais favorável do que a criação de um novo Código", defendeu.”

¹⁸⁷ GENRO, Tarso Fernando Herz, *Projeto de Lei 5129/2009*, Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências. disponível em <http://www.camara.gov.br/Sileg/Prop_Detalhe.asp?id=432485> acesso em 20 de janeiro de 2014.

individuais homogêneos. 4. A mencionada Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, de 1990, são marcos importantes para a tutela dos interesses coletivos, mas, com passar do tempo, juristas, pesquisadores e doutrinadores do Sistema Coletivo Brasileiro identificaram a necessidade do seu aperfeiçoamento e modernização com vistas a adequá-lo às novas concepções teóricas, nacionais e internacionais, e à nova ordem constitucional. Temos como exemplo o Código-modelo de processos coletivos para Íbero-América e os dois anteprojetos do Código Brasileiro de Processo Coletivo elaborados no âmbito da Universidade de São Paulo - USP, com participação do Instituto Brasileiro de Direito processual - IBDP, e da Universidade Estadual do Rio de Janeiro - UERJ, respectivamente. 5. Durante o Congresso das Carreiras Jurídicas de Estado, promovido em junho de 2008 pela Advocacia-Geral da União, verificou-se a necessidade de aperfeiçoamento da tutela coletiva no Brasil. 6. Diante desse cenário, o Ministério da Justiça instituiu, por meio da Portaria nº 2.481, de 9 de dezembro de 2008, Comissão Especial composta por renomados juristas e operadores do Direito, com representação de todas as carreiras jurídicas, e presidida pelo Secretário de Reforma do Poder Judiciário do Ministério, com a finalidade de apresentar proposta de readequação e modernização da tutela coletiva. 7. Dentre as inúmeras inovações do anteprojeto, destacam-se: a) estabelecimento de princípios e institutos próprios indicando ser uma disciplina processual autônoma; b) ampliação dos direitos coletivos tuteláveis pela Ação Civil Pública; c) aumento do rol de legitimados, englobando a Defensoria Pública, a Ordem dos Advogados do Brasil e os Partidos Políticos, que passam a atuar na defesa dos direitos coletivos; d) participação de todos os interessados, inclusive da sociedade civil, para decidir sobre a destinação dos valores originários das ações coletivas, especialmente em se tratando de violação aos direitos difusos, possibilitando resultado mais efetivo para populações ou locais atingidos por danos coletivos; e) criação de dois cadastros nacionais, um para acompanhamento de inquéritos civis e compromissos de ajustamento de conduta, sob a responsabilidade do Conselho Nacional do Ministério Público, e outro relacionado com Ações Cíveis Públicas ajuizadas, sob o controle do Conselho Nacional de Justiça; f) modificação da regra de competência para reparação de dano coletivo que atinja a várias partes do país, possibilitando o ajuizamento da Ação Civil Pública em qualquer juízo da capital dos Estados ou do Distrito Federal; g) tratamento diferenciado dos institutos de conexão, continência e litispendência, visando a assegurar de maneira mais ampla a reunião de processos e a evitar a proliferação de demandas e a divergência entre julgamentos; h) disciplina do ônus da prova, voltada à produção de quem estiver mais próximo dos fatos e capacidade de produzi-las, objetivando maior efetividade; i) em termos de coisa julgada foi seguida a posição do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ela ser ampla, independentemente da competência territorial do órgão julgador; j) aperfeiçoamento do Sistema de Execução das Tutelas Coletivas, inclusive com o incentivo aos meios alternativos de solução de controvérsias coletivas, em juízo ou extrajudicialmente, mediante acompanhamento do Ministério Público e do Poder Judiciário; k) proposição de aperfeiçoamento da execução coletiva; e l) consolidação do sistema jurídico coletivo, mediante revogação de dispositivos de várias leis dispersas, tais como o Código do Consumidor (Lei 8.078/90), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), a Lei da Pessoa Portadora de Deficiências (Lei 7.853/89), a Lei Protetiva dos Investidores do Mercado de Valores Imobiliários (Lei 7.913/89) e a Lei de Prevenção e Repressão às Infrações contra a Ordem Econômica - Antitruste (Lei 8.884/94). 8.

As propostas foram discutidas com a sociedade em diversas oportunidades. As sugestões apresentadas foram amplamente debatidas na Comissão. 9. Por derradeiro, os avanços consubstanciados na proposta terão amplo e imediato reflexo na forma de tutelar os direitos coletivos no Brasil, o que representa um passo importante rumo ao acesso à justiça e à efetividade da tutela coletiva.

Diante do exposto algumas alterações realizadas na atual estrutura do processo coletivo brasileiro realizadas pelo anteprojeto merecem apontamentos.

Primeiramente, importante mencionar como dito no tópico relacionado aos princípios do direito processual coletivo, que os mesmos ora decorrem da lei, ora decorrem da interpretação que se faz do sistema, assim nem todos trazem previsão legal expressa.

Com Projeto de Lei nº 5.139/2009, haverá previsão expressa de tais princípios, o mesmo traz em seu capítulo II “Dos princípios da tutela Coletiva”, em seu artigo 3º, os princípios que regem o processo civil coletivo:

CAPÍTULO II

DOS PRINCÍPIOS DA TUTELA COLETIVA

Art. 3º O processo civil coletivo rege-se pelos seguintes princípios:

- I - amplo acesso à justiça e participação social;
- II - duração razoável do processo, com prioridade no seu processamento em todas as instâncias;
- III - isonomia, economia processual, flexibilidade procedimental e máxima eficácia;
- IV - tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos materiais e morais, individuais e coletivos, bem como punição pelo enriquecimento ilícito;
- V - motivação específica de todas as decisões judiciais, notadamente quanto aos conceitos indeterminados;
- VI - publicidade e divulgação ampla dos atos processuais que interessem à comunidade;
- VII - dever de colaboração de todos, inclusive pessoas jurídicas públicas e privadas, na produção das provas, no cumprimento das decisões judiciais e na efetividade da tutela coletiva;
- VIII - exigência permanente de boa-fé, lealdade e responsabilidade das partes, dos procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo; e
- IX - preferência da execução coletiva.

Merece destaque o princípio da indisponibilidade mitigada da Ação Coletiva, que no Projeto de Lei nº 5.139/2009 estará previsto, em seu artigo 8º, demonstrando que o interesse coletivo deve prevalecer em vista do interesse individual de um legitimado ativo que desistiu da demanda de forma infundada:

Art. 8º Ocorrendo desistência infundada (grifo nosso), abandono da ação coletiva ou não interposição do recurso de apelação, no caso de sentença de extinção do processo ou de improcedência do pedido, serão intimados pessoalmente o Ministério Público e, quando for o caso, a Defensoria Pública, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social, podendo qualquer legitimado assumir a titularidade, no prazo de quinze dias.

Grande a importância também do princípio do interesse jurisdicional do conhecimento do mérito, que se pode extrair da interpretação que se faz do artigo 9º do Projeto de Lei nº 5.139/2009, que prevê que não haverá extinção do processo coletivo por falta de uma das condições da ação ou pressuposto processuais, percebendo assim, uma certa flexibilização no que tange às normas formais de direito processual.

Art. 9º Não haverá extinção do processo coletivo, por ausência das condições da ação ou pressupostos processuais, sem que seja dada oportunidade de correção do vício em qualquer tempo ou grau de jurisdição ordinária ou extraordinária, inclusive com a substituição do autor coletivo, quando serão intimados pessoalmente o Ministério Público e, quando for o caso, a Defensoria Pública, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social, podendo qualquer legitimado adotar as providências cabíveis, em prazo razoável, a ser fixado pelo juiz.

O princípio da máxima efetividade do processo coletivo ou do ativismo judicial vem previsto de forma destacada no anteprojeto, em seu artigo 10.

Art 10, parágrafo 1º: Até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá adequar as fases e atos processuais às especificidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade (grifo nosso) à tutela do bem jurídico coletivo, garantido o contraditório e a ampla defesa.

Quanto ao princípio da integratividade do livre sistema processual coletivo, importante ressaltar que, com o Projeto de Lei nº 5.139/2009, não haverá mais esse microsistema de tutela jurisdicional coletiva, a Lei de Ação civil Pública tornará o único diploma aplicável as Ações Coletivas. Nesse sentido dispõe o artigo 1º e parágrafo 2º do projeto:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei as ações civis públicas destinadas à proteção(...)

§ 2º Aplicam-se as disposições desta Lei às ações coletivas destinadas à proteção de interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

No que diz respeito ao objeto do direito processual coletivo, o anteprojeto traz em seu artigo 2º a definição de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos:

Art. 2º A tutela coletiva abrange os interesses ou direitos:

I - difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato;

II - coletivos em sentido estrito, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e

III - individuais homogêneos, assim entendidos aqueles decorrentes de origem comum, de fato ou de direito, que recomendem tutela conjunta a ser aferida por critérios como facilitação do acesso à Justiça, economia processual, preservação da isonomia processual, segurança jurídica ou dificuldade na formação do litisconsórcio.

Quanto à vedação imposta no artigo 1º, parágrafo único da atual Lei de Ação Civil Pública, já criticada neste trabalho, o anteprojeto não foi louvável, pois além de mantê-la, conforme se depreende da leitura do art.2º, parágrafo primeiro, ampliou-se as vedações de

ajuizamento de ações coletivas que envolvam concessão, revisão ou reajuste previdenciários ou assistenciais.

§ 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.

Devido às mencionadas críticas, através da emenda nº 2 ao Projeto de Lei nº 5.139/2009, aprovada, suprimam-se as expressões “concessão, revisão ou reajuste de benefícios previdenciários ou assistenciais” do artigo 1º, parágrafo 1º.

Tais vedações impossibilitam a discussão desses temas em juízo, que só podem ser suscitadas em demandas individuais, acumulando no judiciário demandas repetitivas, quando, na verdade, poderiam ser tratadas por meio de uma única ação coletiva.

Certo é que pouca diferença faria ao governo essa vedação ou não, pois com o sistema da coisa julgada coletiva, proposto pelo Projeto de Lei nº 5.139/2009, poderá atingir as pretensões individuais, nos casos de matéria exclusivamente de direito, salvo na hipótese de pedido de exclusão previsto no art. 13 do anteprojeto.

O Projeto de Lei nº 5.139/2009, a fim de ampliar o número de legitimados ativos traz algumas inovações em seu artigo 6º, muitas das quais eram defendidas pela doutrina, que virá com o seguinte teor:

Art. 6º São legitimados concorrentemente para propor a ação coletiva:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista, bem como seus órgãos despersonalizados que tenham como finalidades institucionais a defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos;

IV - a Ordem dos Advogados do Brasil, inclusive as suas seções e subseções;

V - as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, restritas à defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos ligados à categoria;

VI - os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembleias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, a ser verificado quando do ajuizamento da ação; e

VII - as associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, para a defesa de interesses ou direitos relacionados com seus fins institucionais, dispensadas a autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros.

Visualiza-se que o Projeto de Lei nº 5.139/2009 ampliou o rol de legitimados a propor ações coletivas, buscando, assim, atender o princípio do amplo acesso à justiça, pois ampliando o número de legitimados aumentará proporcionalmente o número de demandas coletivas, haverá mais pessoas defendendo os direitos que aqui se usa proteger, quais sejam, os difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Quanto à controvérsia da possibilidade de existência ou não das ações coletivas passivas, na qual a coletividade figura como ré, cuja principal discussão se encontra na verificação do representante adequado para representar a coletividade e a extensão da coisa julgada, o anteprojeto prevê a coletividade atuando no pólo passivo da demanda, devendo esta ser representada por meio dos legitimados ativos¹⁸⁸, mas dentro da ideia de “representação adequada”, este é o entendimento que se extrai do seu artigo 7º:

Art. 7º É vedada a intervenção de terceiros nas ações coletivas, ressalvada a possibilidade de qualquer legitimado coletivo habilitar-se como assistente litisconsorcial em qualquer dos pólos da demanda .

¹⁸⁸ Ada Pellegrini Grinover entende que a legitimidade para ações coletivas passivas estaria prevista no art.5º, parágrafo 2º, da Lei de Ação Civil Pública. “ Com efeito, se há possibilidade da habilitação de litisconsorte, por quaisquer dos legitimados hoje especificados, em qualquer polo um dos pólos da demanda coletiva, é porque também se admite que estes (os co-legitimados) venham a responder essa demanda”. *apud* VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant class action* brasileira: limites propostos para o “Código de Processos Coletivos”. GRINOVER, Ada Pellegrini. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. WATANABE, Kazuo. *Direito Processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivo*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2007. p.317.

Outro dispositivo no Projeto de Lei nº 5.139/2009 que se demonstra clara a ideia do legislador em permitir a coletividade como ré nas ações coletivas é o artigo 39, que dispõe que os legitimados ativos da ação coletiva serão réus nas ações rescisórias contra a coisa julgada coletiva objeto de ação que tenham interposto.

Art. 39. A ação rescisória objetivando desconstituir sentença ou acórdão de ação coletiva, cujo pedido tenha sido julgado procedente, deverá ser ajuizada em face do legitimado coletivo que tenha ocupado o pólo ativo originariamente, podendo os demais co-legitimados atuar como assistentes.

Parágrafo único. No caso de ausência de resposta, deverá o Ministério Público, quando legitimado, ocupar o pólo passivo, renovando-se-lhe o prazo para responder.

Sendo aprovado o projeto não há como negar a legitimidade passiva da coletiva nas ações coletivas.

O Projeto de Lei nº 5.139/2009 traz algumas considerações no que tange ao litisconsórcio ativo e a assistência litisconsorcial que merecem serem destacadas.

Primeiramente mister se faz mencionar que o artigo 6º, parágrafo 3º, admite o “litisconsórcio facultativo entre os legitimados, inclusive entre os ramos do Ministério Público e da Defensoria Pública”, afinal, nas ações coletivas a legitimação é concorrente e disjuntiva.

Importante regra é trazida pelo artigo 7º, o mesmo veda a intervenção de terceiros, permitindo tão somente a assistência litisconsorcial.

O dispositivo ora em comento nega a possibilidade de denunciação à lide (art. 140 CPC), porém o instituto do chamamento ao processo deve prevalecer no que tange aos direitos metaindividuais tutelados pelo CDC, o projeto não revoga os artigos 88 e 101, II do presente diploma.

Desse modo, o CDC substitui o cabimento da denunciação à lide pelo chamamento ao processo, impedindo que se inaugure na ação coletiva, uma nova relação jurídica com fundamentos paralelos.

Difícilmente no sistema atual ocorrerá oposição e nomeação à autoria, sendo as mesmas vedadas pelo Projeto de Lei nº 5.139/90 em seu artigo 7º.

Assim sendo, o Projeto de Lei nº 5.139/90, justamente como ocorre no atual microssistema coletivo, permitirá apenas a assistência litisconsorcial, nos moldes já explicados em tópico próprio.

No que diz respeito a relações entre demandas coletivas, o Projeto de Lei nº 5.139/2009 trata sobre a litispendência em seu artigo 5º que assim dispõe:

Art. 5º: A distribuição de uma ação coletiva induzirá litispendência para as demais ações coletivas que tenham o mesmo pedido, causa de pedir e interessados e prevenirá a competência do juízo para todas as demais ações coletivas posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto, ainda que diferentes os legitimados coletivos, quando houver.

Assim, visualiza-se que o Projeto de Lei nº 5.139/2009 reconhece a possibilidade de litispendência e utilizando o critério de prevenção (primeiro juízo que tomou conhecimento do ato) para resolver eventual conflito, bem como o critério de reunião das ações, devendo, entretanto, tal reunião ocorrer até o julgamento em primeiro grau e desde que não seja prejudicial à duração razoável do processo, caso o contrário, deverá se valer da regra de suspensão já mencionada.

O projeto visa ainda à prevenção no que tange à ocorrência de litispendência e a fim de permitir que os órgãos do Poder Judiciário e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com a existência e o estado das ações coletivas, cria um Cadastro Nacional de Processos Coletivos que será mantido e organizado pela CONAMP.

Quanto à competência, devido às várias controvérsias já apresentadas em tópico próprio, o Conselho Nacional de Justiça na elaboração do Projeto de Lei nº5.139/2009 apresenta uma única regra de competência, em seu artigo 4º, definindo que o local do dano é o local do ajuizamento, definindo-se por prevenção nos casos de dano regional e nacional, mas se o dano atingir a capital de um dos Estados ou Distrito Federal a competência será deles.

Art. 4º É competente para a causa o foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano ou o ilícito, aplicando-se as regras da prevenção e da competência absoluta.

§ 1º Se a extensão do dano atingir a área da capital do Estado, será esta a competente; se também atingir a área do Distrito Federal será este o competente, concorrentemente com os foros das capitais atingidas.

§ 2º A extensão do dano será aferida, em princípio, conforme indicado na petição inicial.

§ 3º Havendo, no foro competente, juízos especializados em razão da matéria e juízos especializados em ações coletivas, aqueles prevalecerão sobre estes.

No que diz respeito à coisa julgada no processo coletivo, o anteprojeto possui apenas um efeito, qual seja, *erga omnes*, segundo o artigo 32:

Art. 32. A sentença no processo coletivo fará coisa julgada *erga omnes*, independentemente da competência territorial do órgão prolator ou do domicílio dos interessados.

Não existindo mais a diferença imposta pelo microsistema processual coletivo, que distingue entre *ultra partes* e *erga omnes*, aplicando o efeito *erga omnes* tanto nos processos que versem sobre interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, assim, a sentença atingirá todo grupo social, e não apenas classe, grupo ou categoria.

Percebe-se também que o Projeto de Lei elimina a limitação territorial da eficácia coisa julgada imposta pelo artigo 16, Lei Federal nº 7.347/85, e o artigo 2º - A, Lei Federal nº 9.494/97, que a restringe ao âmbito da jurisdição do órgão prolator da decisão, ao determinar que o efeito da coisa julgada é *erga omnes*, independentemente da competência territorial do órgão prolator ou do domicílio dos interessados.

O projeto ainda se vale da coisa julgada *secundum eventus probationes*, ou seja, prevê que o pedido julgado improcedente por falta de provas, gera apenas coisa julgada formal, podendo qualquer colegitimado, inclusive o que ajuizou a ação anterior, ingressar com nova ação coletiva, desde que tenha surgido nova prova (artigo 33 do Projeto de Lei nº5.139/2009).

No que tange ao transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva, o projeto o mantém em seu artigo 34, prevendo que os efeitos da coisa julgada coletiva nos interesses individuais homogêneos não prejudica as pretensões individuais, desde que tenha requerido a devida suspensão, bem como poderão beneficiar vítimas e sucessores, da coisa julgada coletiva dos interesses coletivos e difusos, para futura liquidação e cumprimento de sentença (artigo 36, Projeto de Lei nº 5.139/2009).

Não se pode esquecer que o projeto mantém o transporte *in utilibus* da coisa julgada penal (artigo 36, parágrafo único).

Vale a pena ressaltar que o Projeto de Lei nº 5.139/2009, veda a possibilidade de ajuizamento de ações individuais, quando essas tiverem a mesma causa de pedir da ação coletiva que verse interesses individuais homogêneos que foi julgada improcedente materialmente, tratando-se de matéria exclusivamente de direito (artigo 34, parágrafo único).

Tratando-se de improcedência de ação que verse interesses individuais homogêneos, sobre matéria de fato e de direito, a ação individual suspensa será extinta, salvo se for requerido o prosseguimento no prazo de trinta dias contado da intimação do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo (artigo 37, parágrafo 6º).

Acerca da suspensão da ação individual para se valer do benefício da coisa julgada coletiva, o projeto acaba com a controvérsia sobre a falta de comunicação por parte do réu coletivo, dizendo que tal falta não prejudica o autor individual, pois é dever do réu a comunicação, mesmo se julgada improcedente a individual (artigo 37, parágrafo 2º, modificado pela emenda 08).

Por fim, tratando de ação de revisional de coisa julgada coletiva julgada improcedente, mas não por falta de provas, essa deverá ser interposta por qualquer legitimado no prazo de um ano, desde que surjam novas provas técnicas, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea para mudar seu resultado.

Poderá o réu coletivo, se valer da mesma ação revisional, nos mesmos termos, a qual a decisão terá efeitos *ex nunc*, da sentença para frente, não retroagindo (artigo 38, parágrafo 1º).

Por derradeiro, a execução de sentença coletiva no Projeto de Lei nº 5.139/2009 não se difere entre os interesses tutelados, e sim no que tange aos legitimados para propô-la e beneficiários do valor arrecadado.

Dispõe o artigo 40 do anteprojeto, que o foro competente para o ajuizamento de liquidação e execução coletiva o juízo da ação de conhecimento ou o foro do local onde se encontrem bens sujeitos à expropriação ou do domicílio do executado, admitindo-se o foro do domicílio do autor, em caso de execução da pretensão individual (artigo 41).

Possui legitimidade para execução qualquer dos legitimados que trata o artigo 6º do anteprojeto, bem como vítimas e seus sucessores, em se tratando de execução individual.

Para que vítimas e sucessores se beneficiem da sentença coletiva, transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva, esses deverão promover a liquidação, na qual, deverão provar o dano pessoal, o nexo de causalidade e o montante da indenização (art. 42).

No anteprojeto, diferentemente do que ocorre no procedimento hoje adotado, permite-se a dispensa de liquidação, deste que possível provar o dano pessoal, nexo de causalidade e o montante da indenização por meio de prova documental, podendo, desse modo, ingressar imediatamente com a execução por quantia certa (art.43).

Prevê ainda a hipótese de execução da pretensão coletiva residual, em se tratando de direitos individuais homogêneos, podendo os legitimados coletivos ingressarem com a mesma, findo o prazo prescricional das pretensões individuais, não se tratando mais de um ano, como no atual microssistema coletivo (art.45).

Os valores destinados ao pagamento das indenizações individuais serão depositados, preferencialmente, em instituição bancária oficial, abrindo-se conta remunerada e individualizada para cada beneficiário, regendo-se os respectivos saques pelas normas aplicáveis aos depósitos bancários, sendo dever o réu à comprovação dos depósitos individuais e a notificação aos beneficiários do mesmo (art.44 e parágrafo único).

Em se tratando de condenação em dinheiro, de sentença que verse interesses difusos e coletivos, a quantia arrecadada ficará depositada em juízo, devendo ser aplicada na recuperação específica dos bens lesados ou em favor da comunidade afetada (art. 46).

O legitimado coletivo que propôs a demanda coletiva deverá adotar medidas para que o valor depositado em juízo seja aplicado corretamente, podendo se valer da contratação

de terceiros ou do auxílio do Poder Público, sempre com fiscalização do Ministério Público, e sendo possível, deverá ocorrer audiência pública, a fim de que se ouça a comunidade afetada (art. 46, parágrafos 1º e 2º).

Havendo concurso de créditos, a preferência pelo pagamento será auferida pelo juiz, no caso concreto, aplicando-se o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade (artigo 45, parágrafo único).

Enfim, essas são as principais alterações trazidas pelo Projeto de Lei nº5130/09, o qual se acredita que quando aprovado, fará às vezes de um Código de Processo Coletivo, permitindo assim, uma maior proteção e efetivação do Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

Finalizado o estudo do tema ora proposto no presente trabalho, pode-se chegar as seguintes conclusões:

1. É dentro do Estado Democrático de Direito que se pode falar da tutela dos interesses transindividuais e, conseqüentemente, em direito processual coletivo, como instrumento de transformação da realidade social colocado à disposição da ordem jurídico-constitucional democrática. Nessa concepção, o Estado-jurisdição tem interesse no conhecimento do mérito do processo coletivo e ao Judiciário é dado o poder transformador da realidade social, sendo instrumento fundamental para a efetivação dessa sua nova função o direito processual coletivo.

2. O surgimento do Direito Processual Coletivo, como um novo e autônomo ramo do direito processual, surge no Brasil, com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, quando se consagra no art.1º que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de direito e no artigo 5º, como direitos fundamentais a garantia do acesso à justiça e a proteção coletiva dos direitos (proteção da defesa do consumidor) e quando se assegura, como remédios constitucionais a ação popular e o mandado de segurança coletivo.

3. O objeto desse novo ramo do direito processual se biparte em direito processual coletivo especial e direito processual coletivo comum. Sendo aquele voltado para o controle de constitucionalidade e este destinado à tutela jurisdicional do direito subjetivo coletivo comum em sentido amplo.

4. O direito processual coletivo tem natureza jurídica de direito processual constitucional, possuindo um conjunto de disposições constitucionais que estabelecem regras sobre: a organização da estrutura jurisdicional; a distribuição de competência entre os respectivos órgãos jurisdicionais; o controle concentrado de constitucionalidade das leis, estipulando ainda quais as espécies de ações e medidas cabíveis, prevendo formas de tutelas jurisdicionais diferenciadas, além de dispor sobre regras de legitimação, especialmente para as tutelas jurisdicionais coletivas.

5. O artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor traz o objeto material do direito processual coletivo comum, sendo este compreendido pelos direitos difusos, coletivos

em sentido estrito e individuais homogêneos e são diferenciados pelo tipo de tutela jurisdicional que se pretende quando se propõe a ação.

6. Os princípios da tutela jurisdicional coletiva possuem função normativa e de razões para as regras. A correta orientação e compreensão da tutela coletiva passam, justamente, por compreender todo o ordenamento à luz dos princípios, que são verdadeiras premissas metodológicas, característico da própria essência do microsistema processual coletivo.

7. O ordenamento jurídico brasileiro prevê dois principais diplomas processuais que traçam regras básicas para o direito processual civil comum: a Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, que formam um microsistema próprio de tutela jurisdicional coletiva geral decorrente da perfeita interação existente entre eles (art.21 da LACP e art.90 do CDC), de modo que o Código de Processo Civil só lhe é aplicado de forma subsidiária, pois foi construído para ser instrumento de resolução das lides decorrentes das relações jurídicas materiais individuais disciplinadas pelo Código Civil 1916.

8. O direito processual coletivo deve ser lido à luz dos direitos e garantias fundamentais, como um instrumento de efetivação do Estado Democrático de Direito e como instrumento de transformação da realidade social, buscando de forma constante garantir acesso à justiça, sendo que hoje a problemática para a resolução dos conflitos de massa está justamente na falta ou na dificuldade de se ter esse acesso, tendo em vista inúmeros obstáculos impostos que dificultam o acesso à justiça, assim as ondas renovatórias apresentadas por Cappelletti quebram os obstáculos econômicos, organizacionais e processuais, buscando assim um acesso à justiça de forma ampla e igualitária a todos.

Para enfrentar os aniquilamentos aos interesses ou direitos coletivos e para fazer com que sejam respeitadas as garantias sociais fundamentais, constitucionalmente asseguradas, é imprescindível: de um lado, a consciência do Judiciário e dos legitimados ativos à tutela jurisdicional coletiva; de outro, a criação e o aperfeiçoamento de instrumental adequado e eficiente para dar respostas imediatas e urgentes à comunidade _ para tanto, é fundamental o desenvolvimento da ideia do direito processual coletivo como um novo ramo do direito processual.

9. Com a criação da teoria geral do processo coletivo, como um ramo autônomo do direito processual, e com a elaboração de um Código de Processo Coletivo, seria possível dar uma maior efetivação ao Estado Democrático de Direito e possibilitar um maior acesso à

justiça. E que a necessidade de criação de um Código de Processo Coletivo surge do fato que o direito processual coletivo está regulado de maneira esparsa pelo Código de Defesa do Consumidor e pela Lei de Ação Civil Pública, e pelo chamado microsistema processual coletivo, não existindo um diploma uniforme e ordenado a ser aplicado nas demandas coletivas, que possibilitaria a simplificação do sistema e permitiria sua melhor compreensão, bem como teríamos a vantagem de fazer que o sistema processual coletivo tenha sua própria principiologia regulada em um mesmo diploma normativo.

10. No que tange aos aspectos gerais dos institutos estruturais do direito processual coletivo é possível concluir que a legitimidade passiva da coletividade é uma realidade no país que necessita de regulamentação e que essa deve ser representada pelos legitimados ativos para a propositura da Ação Coletivas, porém, deve-se levar em conta sempre à ideia de “representação adequada”. E que a legitimidade ativa é concorrente e disjuntiva possuindo os legitimados legitimidade extraordinária, de acordo com a doutrina majoritária, para a defesa dos direitos transindividuais, ou seja, atuam como verdadeiros substitutos processuais.

Que em tese poderá haver conexão e continência entre as ações coletivas e ações individuais, caso em que se resolverá pela suspensão da ação individual, nos termos do artigo 104 do CDC, desde que requerida pela parte, se esta quiser se beneficiar dos efeitos da coisa julgada coletiva. E quando houver conexão e continência entre ações coletivas ocorrerá o reunião para julgamento em conjunto, sempre que possível.

Que é competente o juízo do local do dano para o ajuizamento de ação coletiva.

No que diz respeito à coisa julgada esta é *secundum eventum probationis* e *secundum eventus litis*, podendo haver o transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva.

Quanto à execução da pretensão coletiva prefere-se a reparação do dano, o retorno ao *status quo ante*, não sendo esse possível, permite-se a indenização em dinheiro que será revertida ao Fundo de que trata o art. 13 da LACP. Far-se-á necessário que os lesados individuais promovam a liquidação da sentença, provando o *an debeat* e o *quantum debeat* para que possam se beneficiar da sentença coletiva.

11. Por fim, conclui-se que o Brasil é um dos países mais avançados na defesa dos interesses metaindividuais, mas o Poder Público ao visar inibir a tutela de tais direitos edita Medidas Provisórias inconstitucionais, que vigoram por tempo indeterminado, como é o caso da medida provisória que acrescentou o parágrafo único, no art. 1º da LACP.

Logo, a fim de que tais atos autoritários sejam inibidos, há uma necessidade de um diploma regulador das demandas coletivas, até hoje inexistente no país, razão pela qual o Ministério da Justiça elaborou o Projeto de Lei nº 5.139/09. Busca-se com a aprovação do projeto, afastar os conflitos de interpretação, havendo só uma disciplina para o processamento das ações coletivas, padronizando a aplicação das normas e tornando o sistema único coletivo coerente, que fará às vezes de um Código de Processo Coletivo, de modo a formar uma verdadeira Teoria Geral do Processo Coletivo. O presente projeto hoje encontra-se em tramitação no Congresso Nacional, sendo objeto de recurso, pois foi rejeitado na Comissão de Constituição e Justiça, ao argumento de que não houve participação popular na sua elaboração. Mas, esperamos que com sua aprovação tenhamos uma verdadeira proteção e efetivação do Estado Democrático de Direito e um maior acesso à justiça dos massificados.

REFERÊNCIAS

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

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Codificação do direito processual coletivo: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação*. Belo Horizonte. Ed. Del Rey. 2007.

BRASIL. Informativo nº 516 do Superior Tribunal de Justiça. Rel. Min. Nancy Andrighi, REsp 1.148.179-MG, julgado em 26/2/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/doc.jsp>: acesso em 30 de setembro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rel. Min. Celso de Mello. MS 22164/SP, julgado em 30/10/1995, disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28gera%E7%E3o+dos+direitos+fundamentais%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/m2efpkg>>, acesso em 06/05/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias Supremo Tribunal Federal, disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=223069>>. Acessado em 26/11/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo STF numero 362, disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo362.htm>>, acessado em 12/12/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. , Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. AgRg no REsp 1094116/DF, julgado em 21/05/2013, DJe 27/05/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC2>>, acesso em 13/12/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Segunda Turma. Rel. Ministro Humberto Martins .AgRg no REsp 1385686/PR, julgado em 05/11/2013, DJe 13/11/2013 Disponível em:<<http://www.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp#DOC2>>, acessado em 13/12/2013.

BRASIL. Jus Brasil Notícias, *Projeto Amplia abrangência de Ação Civil Pública*, Extraído de: OAB/Maranhão – 18 de junho de 2009, disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1363020/projeto-amplia-abrangencia-de-acao-civil-publica>> Acesso em 20 de janeiro de 2014.

BRASIL. Jus Brasil Notícias, MJ quer aprovação da nova lei de Ação Civil Pública e Dívida Ativa, Extraído de: Ministério da Justiça, 23 de abril de 2009. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/1019242/mj-quer-aprovacao-da-nova-lei-de-acao-civil-publica-e-divida-ativa>. Acesso em 20 de janeiro 2014.

BANDARRA, Leornado Azevedo. Parecer do CNPG ao PL 5139/2009. disponível em: http://www2.mp.pr.gov.br/direitoshumanos/cpcc_par01.php, incluído em 30/6/2009 . Acesso em 30 de setembro de 2013.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. V I. 15.ed. rev e atual. pela reforma do CPC. Lumes Júris: Rio de Janeiro, 2006.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 21.ed. São Paulo. Malheiros, 2005.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil, Processo Coletivo*, vol. 4. 3. ed. Salvador: Podivm, 2008.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. 7. ed. ampl. e atual. Até a Lei n. 11.441, de 4/1/2007. Lúmen Júris. Rio de Janeiro: 2007.

GENRO, Tarso Fernando Herz, Projeto de lei 5.129/2009, Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências. disponível em: <http://www.camara.gov.br/Sileg/Prop_Detalhe.asp?id=432485> acesso em 10 de Setembro de 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2007.

LEITE, Marcelo Daltro. *Interesses e Direitos Essencialmente e Acidentalmente Coletivos*. Disponível em: < http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=3faba29a-8656-4f5f-813c-d781096b4c48&groupId=10136 >. Acesso em 09/04/2014.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*. De acordo com a Lei nº 10.444/02. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 22.ed. ver.ampl. e atual – São Paulo: Saraiva, 2009.

MAZZEI, Rodrigo e NOLASCO, Rita Dias (Coordenadores). *Processo Civil Coletivo* – São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MALUF, Sahid, 1914-1975. *Teoria geral do Estado*. 26. Ed. atual. Pelo Prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. São Paulo: Saraiva 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19. ed. Atual. até a EC n. 48/05. São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, Alexandre Magno F. *Princípios do direito Processual Coletivo*. Disponível em: <<http://www.jusvox.com.br/mostraArtigo.asp?idNoticia=52>> Acesso em 30 de setembro de 2013.

PINTO, Alexandre Guimarães Gavião. *Direitos Fundamentais – Legítimas Prerrogativas de Liberdade, Igualdade e Dignidade*. p. 4. Disponível em: < http://www.tjrj.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=ae67daf5-7ca9-408c-93b6-b58186a81197>. Acesso em 09/04/2014.

VIEIRA, Anginaldo. *O sentido da Constituição*. Disponível em: < <http://www.dpu.gov.br/pdf/artigos/ArtigoAnginaldo.pdf>>. Acesso em 26 de novembro de 2013.

ZAVASKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, v. 32, nº. 127.

ANEXO
PROJETO DE LEI

Disciplina a ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

CAPÍTULO I
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei as ações civis públicas destinadas à proteção:

I - do meio ambiente, da saúde, da educação, do trabalho, do desporto, da segurança pública, dos transportes coletivos, da assistência jurídica integral e da prestação de serviços públicos;

II - do consumidor, do idoso, da infância e juventude e das pessoas portadoras de deficiência;

III - da ordem social, econômica, urbanística, financeira, da economia popular, da livre concorrência, do patrimônio público e do erário;

IV - dos bens e direitos de valor artístico, cultural, estético, histórico, turístico e paisagístico; e

V - de outros interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

§ 1º Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, concessão, revisão ou reajuste de benefícios previdenciários ou assistenciais, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

§ 2º Aplicam-se as disposições desta Lei às ações coletivas destinadas à proteção de interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Art. 2º A tutela coletiva abrange os interesses ou direitos:

I - difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato;

II - coletivos em sentido estrito, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; e

III - individuais homogêneos, assim entendidos aqueles decorrentes de origem comum, de fato ou de direito, que recomendem tutela conjunta a ser aferida por critérios como facilitação do acesso à Justiça, economia processual, preservação da isonomia processual, segurança jurídica ou dificuldade na formação do litisconsórcio.

§ 1º A tutela dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos presume-se de relevância social, política, econômica ou jurídica.

§ 2º A análise da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo poderá ser arguida incidentalmente, como questão prejudicial, pela via do controle difuso.

CAPÍTULO II

DOS PRINCÍPIOS DA TUTELA COLETIVA

Art. 3º O processo civil coletivo rege-se pelos seguintes princípios:

I - amplo acesso à justiça e participação social;

II - duração razoável do processo, com prioridade no seu processamento em todas as instâncias;

III - isonomia, economia processual, flexibilidade procedimental e máxima eficácia;

IV - tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos materiais e morais, individuais e coletivos, bem como punição pelo enriquecimento ilícito;

V - motivação específica de todas as decisões judiciais, notadamente quanto aos conceitos indeterminados;

VI - publicidade e divulgação ampla dos atos processuais que interessem à comunidade;

VII - dever de colaboração de todos, inclusive pessoas jurídicas públicas e privadas, na produção das provas, no cumprimento das decisões judiciais e na efetividade da tutela coletiva;

VIII - exigência permanente de boa-fé, lealdade e responsabilidade das partes, dos procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo; e

IX - preferência da execução coletiva.

CAPÍTULO III

DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO COLETIVA

Art. 4º É competente para a causa o foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano ou o ilícito, aplicando-se as regras da prevenção e da competência absoluta.

§ 1º Se a extensão do dano atingir a área da capital do Estado, será esta a competente; se também atingir a área do Distrito Federal será este o competente, concorrentemente com os foros das capitais atingidas.

§ 2º A extensão do dano será aferida, em princípio, conforme indicado na petição inicial.

§ 3º Havendo, no foro competente, juízos especializados em razão da matéria e juízos especializados em ações coletivas, aqueles prevalecerão sobre estes.

Art. 5º A distribuição de uma ação coletiva induzirá litispendência para as demais ações coletivas que tenham o mesmo pedido, causa de pedir e interessados e prevenirá a competência do juízo para todas as demais ações coletivas posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto, ainda que diferentes os legitimados coletivos, quando houver:

I - conexão, pela identidade de pedido ou causa de pedir, ainda que diferentes os legitimados;

II - conexão probatória; ou

III - continência, pela identidade de interessados e causa de pedir, quando o pedido de uma das ações for mais abrangente do que o das demais.

§ 1º Na análise da identidade da causa de pedir e do objeto, será preponderantemente considerado o bem jurídico a ser protegido.

§ 2º Na hipótese de litispendência, conexão ou continência entre ações coletivas que digam respeito ao mesmo bem jurídico, a reunião dos processos poderá ocorrer até o julgamento em primeiro grau.

§ 3º Iniciada a instrução, a reunião dos processos somente poderá ser determinada se não houver prejuízo para a duração razoável do processo.

Art. 6º São legitimados concorrentemente para propor a ação coletiva:

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista, bem como seus órgãos despersonalizados que tenham como finalidades institucionais a defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos;

IV - a Ordem dos Advogados do Brasil, inclusive as suas seções e subseções;

V - as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, restritas à defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos ligados à categoria;

VI - os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, a ser verificado quando do ajuizamento da ação; e

VII - as associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, para a defesa de interesses ou direitos relacionados com seus fins institucionais, dispensadas a autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros.

§ 1º O juiz poderá dispensar o requisito da pré-constituição de um ano das associações civis e das fundações de direito privado quando haja manifesto interesse social evidenciado pelas características do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

§ 2º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da ordem jurídica.

§ 3º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os legitimados, inclusive entre os ramos do Ministério Público e da Defensoria Pública.

§ 4º As pessoas jurídicas de direito público, cujos atos sejam objeto de impugnação, poderão abster-se de contestar o pedido, ou atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

Art. 7º É vedada a intervenção de terceiros nas ações coletivas, ressalvada a possibilidade de qualquer legitimado coletivo habilitar-se como assistente litisconsorcial em qualquer dos pólos da demanda.

§ 1º A apreciação do pedido de assistência far-se-á em autos apartados, sem suspensão do feito, salvo quando implicar deslocamento de competência, recebendo o interveniente o processo no estado em que se encontre.

§ 2º O juiz rejeitará liminarmente o pedido de habilitação como assistente do membro do grupo, na ação em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, quando o interessado não demonstrar, de plano, razões de fato ou de direito que assegurem utilidade à tutela coletiva e justifiquem a sua intervenção, podendo o juiz limitar o número de assistentes, quando este comprometer o bom andamento e a duração razoável do processo.

§ 3º As pretensões individuais, na fase de conhecimento do processo coletivo, somente poderão ser discutidas e decididas de modo coletivo, facultando-se o agrupamento em subclasses ou grupos.

Art. 8º Ocorrendo desistência infundada, abandono da ação coletiva ou não interposição do recurso de apelação, no caso de sentença de extinção do processo ou de improcedência do pedido, serão intimados pessoalmente o Ministério Público e, quando for o caso, a Defensoria Pública, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social, podendo qualquer legitimado assumir a titularidade, no prazo de quinze dias.

Art. 9º Não haverá extinção do processo coletivo, por ausência das condições da ação ou pressupostos processuais, sem que seja dada oportunidade de correção do vício em qualquer tempo ou grau de jurisdição ordinária ou extraordinária, inclusive com a substituição do autor coletivo, quando serão intimados pessoalmente o Ministério Público e, quando for o caso, a Defensoria Pública, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social, podendo qualquer legitimado adotar as providências cabíveis, em prazo razoável, a ser fixado pelo juiz.

CAPÍTULO IV

DO PROCEDIMENTO

Art. 10. A ação coletiva de conhecimento seguirá o rito ordinário estabelecido na Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, obedecidas as modificações previstas nesta Lei.

§ 1º Até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá adequar as fases e atos processuais às especificidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico coletivo, garantido o contraditório e a ampla defesa.

§ 2º A inicial deverá ser instruída com comprovante de consulta ao cadastro nacional de processos coletivos, de que trata o **caput** do art. 53 desta Lei, sobre a inexistência de ação coletiva que verse sobre bem jurídico correspondente.

§ 3º Incumbe à serventia judicial verificar a informação constante da consulta, certificando nos autos antes da conclusão ao juiz.

Art. 11. Nas ações coletivas, para instruir a inicial o interessado poderá requerer de qualquer pessoa, física ou jurídica, indicando a finalidade, as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de quinze dias.

§ 1º Não fornecidas as certidões e informações referidas no **caput**, poderá a parte propor a ação desacompanhada destas, facultado ao juiz, após apreciar os motivos do não fornecimento, requisitá-las.

§ 2º A recusa, o retardamento ou a omissão, injustificados, de dados técnicos ou informações indispensáveis à propositura da ação coletiva, quando requisitados pelo juiz, implicará o pagamento de multa de dez a cem salários mínimos.

Art. 12. Sendo inestimável o valor dos direitos ou danos coletivos, o valor da causa será indicado pelo autor, segundo critério de razoabilidade, com a fixação em definitivo pelo juiz em saneamento ou na sentença.

Art. 13. Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu e, em se tratando de interesses ou direitos individuais homogêneos, a intimação do Ministério Público e da Defensoria Pública, bem como a comunicação dos interessados, titulares dos respectivos interesses ou direitos objeto da ação coletiva, para que possam exercer, até a publicação da sentença, o seu direito de exclusão em relação ao processo coletivo, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social.

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

Art. 14. O juiz fixará o prazo para a resposta nas ações coletivas, que não poderá ser inferior a quinze ou superior a sessenta dias, atendendo à complexidade da causa ou ao número de litigantes.

Parágrafo único. À Fazenda Pública aplicam-se os prazos previstos na Lei no 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil.

Art. 15. A citação válida nas ações coletivas interrompe o prazo de prescrição das pretensões individuais direta ou indiretamente relacionadas com a controvérsia, desde a distribuição até o final do processo coletivo, ainda que haja extinção do processo sem resolução do mérito.

Art. 16. Nas ações coletivas, a requerimento do autor, até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá permitir a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que realizada de boa-fé e que não importe em prejuízo para a parte contrária, devendo ser preservado o contraditório, mediante possibilidade de manifestação do réu no prazo mínimo de quinze dias, facultada prova complementar.

Art. 17. Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, o juiz poderá, independentemente de pedido do autor, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida.

§ 1º Atendidos os requisitos do **caput**, a tutela poderá ser antecipada sem audiência da parte contrária, em medida liminar ou após justificação prévia.

§ 2º A tutela antecipada também poderá ser concedida após a resposta do réu, durante ou depois da instrução probatória, se o juiz se convencer de que há abuso do direito de defesa, manifesto propósito protelatório ou quando houver parcela incontroversa do pedido.

§ 3º A multa cominada liminarmente será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento e poderá ser exigida de forma imediata, em autos apartados, por meio de execução definitiva.

Art. 18. Se não houver necessidade de audiência de instrução e julgamento, de acordo com a natureza do pedido e as provas documentais apresentadas pelas partes ou requisitadas pelo juiz, observado o contraditório, simultâneo ou sucessivo, a lide será julgada imediatamente.

Art. 19. Não sendo o caso de julgamento antecipado, encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

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

mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro, observada a natureza disponível do direito em discussão.

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

§ 3º Quando indisponível o bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação.

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

Art. 20. Não obtida a conciliação ou quando, por qualquer motivo, não for utilizado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:

I - decidirá se o processo tem condições de prosseguir na forma coletiva;

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

III - fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas;

IV - distribuirá a responsabilidade pela produção da prova, levando em conta os conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos detidos pelas partes ou segundo a maior facilidade em sua demonstração;

V - poderá ainda distribuir essa responsabilidade segundo os critérios previamente ajustados pelas partes, desde que esse acordo não torne excessivamente difícil a defesa do direito de uma delas;

VI - poderá, a todo momento, rever o critério de distribuição da responsabilidade da produção da prova, diante de fatos novos, observado o contraditório e a ampla defesa;

VII - esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova; e

VIII - poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

Art. 21. Em sendo necessária a realização de prova pericial requerida pelo legitimado ou determinada de ofício, o juiz nomeará perito.

Parágrafo único. Não havendo servidor do Poder Judiciário apto a desempenhar a função pericial, competirá a este Poder remunerar o trabalho do perito, após a devida requisição judicial.

Art. 22. Em qualquer tempo e grau do procedimento, o juiz ou tribunal poderá submeter a questão objeto da ação coletiva a audiências públicas, ouvindo especialistas no assunto e membros da sociedade, de modo a garantir a mais ampla participação social possível e a adequada cognição judicial.

CAPÍTULO V

DAS TÉCNICAS DE TUTELA COLETIVA

Art. 23. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações e provimentos capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Art. 24. Na ação que tenha por objeto a imposição de conduta de fazer, não fazer, ou de entregar coisa, o juiz determinará a prestação ou a abstenção devida, bem como a cessação da atividade nociva, em prazo razoável, sob pena de cominação de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogatórias, independentemente de requerimento do autor.

§ 1º A conversão em perdas e danos somente será admissível se inviável a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente e, no caso de interesses ou direitos coletivos ou individuais homogêneos, se houver interesse do grupo titular do direito.

§ 2º A indenização por perdas e danos far-se-á sem prejuízo da multa, quando cabível.

Art. 25. Na ação reparatória dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, sempre que possível e independentemente de pedido do autor, a condenação consistirá na prestação de obrigações específicas, destinadas à reconstituição do bem, mitigação e compensação do dano sofrido.

Parágrafo único. Dependendo das características dos bens jurídicos afetados, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias, o juiz poderá determinar, em decisão fundamentada e independentemente do pedido do autor, as providências a serem tomadas para

a reconstrução dos bens lesados, podendo indicar, entre outras, a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita.

Art. 26. Na ação que tenha por objeto a condenação ao pagamento de quantia em dinheiro, deverá o juiz, sempre que possível, em se tratando de valores a serem individualmente pagos aos prejudicados ou de valores devidos coletivamente, impor a satisfação desta prestação de ofício e independentemente de execução, valendo-se da imposição de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogatórias.

Art. 27. Em razão da gravidade do dano coletivo e da relevância do bem jurídico tutelado e havendo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ainda que tenha havido o depósito das multas e prestação de caução, poderá o juiz determinar a adoção imediata, no todo ou em parte, das providências contidas no compromisso de ajustamento de conduta ou na sentença.

§ 1º Quando a execução envolver parcelas ou prestações individuais, sempre que possível o juiz determinará ao réu que promova dentro do prazo fixado o pagamento do valor da dívida, sob pena de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogatórias, independentemente de habilitação judicial dos interessados.

§ 2º Para fiscalizar os atos de liquidação e cumprimento da sentença do processo coletivo, poderá o juiz nomear pessoa qualificada, que terá acesso irrestrito ao banco de dados e à documentação necessária ao desempenho da função.

§ 3º Na sentença condenatória à reparação pelos danos individualmente sofridos, sempre que possível, o juiz fixará o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo ou um valor mínimo para a reparação do dano.

§ 4º Quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo forem uniformes, prevalecentemente uniformes ou puderem ser reduzidos a uma fórmula matemática, a sentença do processo coletivo indicará esses valores, ou a fórmula de cálculo da indenização individual e determinará que o réu promova, no prazo que fixar, o pagamento do valor respectivo a cada um dos membros do grupo.

§ 5º O membro do grupo que divergir quanto ao valor da indenização individual ou à fórmula para seu cálculo, estabelecidos na liquidação da sentença do processo coletivo,

poderá propor ação individual de liquidação, no prazo de um ano, contado do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo.

§ 6º Se for no interesse do grupo titular do direito, as partes poderão transacionar, após a oitiva do Ministério Público, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de não concordar com a transação, propondo nesse caso ação individual no prazo de um ano, contado da efetiva comunicação do trânsito em julgado da sentença homologatória, observado o disposto no parágrafo único do art. 13.

Art. 28. O juiz poderá impor multa ao órgão, entidade ou pessoa jurídica de direito público ou privado responsável pelo cumprimento da decisão que impôs a obrigação, observados a necessidade de intimação e o contraditório prévio.

Art. 29. Não sendo possível a prolação de sentença condenatória líquida, a condenação poderá ser genérica, fixando a responsabilidade do demandado pelos danos causados e o dever de indenizar.

Art. 30. O juiz poderá, observado o contraditório, desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento dos interesses tratados nesta Lei, houver abuso de direito, excesso de poder, exercício abusivo do dever, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, bem como falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, provocados por má administração.

§ 1º A pedido da parte interessada, o juiz determinará que a efetivação da responsabilidade da pessoa jurídica recaia sobre o acionista controlador, o sócio majoritário, os sócios-gerentes, os administradores societários, as sociedades que a integram, no caso de grupo societário, ou outros responsáveis que exerçam de fato a administração da empresa.

§ 2º A desconsideração da personalidade jurídica poderá ser efetivada em qualquer tempo ou grau de jurisdição, inclusive nas fases de liquidação e execução.

§ 3º Se o réu houver sido declarado falido, o administrador judicial será intimado a informar a existência de seguro de responsabilidade, facultando-se, em caso afirmativo, o ajuizamento de ação de indenização diretamente contra o segurador, vedada a denúncia da lide ao Instituto de Resseguros do Brasil e dispensado o litisconsórcio obrigatório com este.

CAPÍTULO VI

DOS RECURSOS, DA COISA JULGADA COLETIVA E DA RELAÇÃO ENTRE DEMANDAS COLETIVAS E INDIVIDUAIS

Art. 31. Os recursos interpostos nas ações coletivas serão recebidos no efeito meramente devolutivo, salvo quando sua fundamentação for relevante e da decisão puder resultar lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz, a requerimento do interessado, ponderando os valores em questão, poderá atribuir-lhe o efeito suspensivo.

Art. 32. A sentença no processo coletivo fará coisa julgada **erga omnes**, independentemente da competência territorial do órgão prolator ou do domicílio dos interessados.

Art. 33. Se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, qualquer legitimado poderá ajuizar outra ação coletiva, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Art. 34. Os efeitos da coisa julgada coletiva na tutela de direitos individuais homogêneos não prejudicarão os direitos individuais dos integrantes do grupo, categoria ou classe, que poderão propor ações individuais em sua tutela.

§ 1º Não serão admitidas novas demandas individuais relacionadas com interesses ou direitos individuais homogêneos, quando em ação coletiva houver julgamento de improcedência em matéria exclusivamente de direito, sendo extintos os processos individuais anteriormente ajuizados.

§ 2º Quando a matéria decidida em ação coletiva for de fato e de direito, aplica-se à questão de direito o disposto no § 1º e à questão de fato o previsto no **caput** e no § 6º do art. 37.

§ 3º Os membros do grupo que não tiverem sido devidamente comunicados do ajuizamento da ação coletiva, ou que tenham exercido tempestivamente o direito à exclusão, não serão afetados pelos efeitos da coisa julgada previstos nos §§ 1º e 2º.

§ 4º A alegação de falta de comunicação prevista no § 3º incumbe ao membro do grupo, mas o demandado da ação coletiva terá o ônus de comprovar a comunicação.

Art. 35. No caso de extinção dos processos individuais como efeito da decisão prolatada em ações coletivas, não haverá condenação ao pagamento de novas despesas processuais, custas e honorários, salvo a atuação de má-fé do demandante.

Art. 36. Nas ações coletivas que tenham por objeto interesses ou direitos difusos ou coletivos, as vítimas e seus sucessores poderão proceder à liquidação e ao cumprimento da sentença, quando procedente o pedido.

Parágrafo único. Aplica-se a regra do **caput** à sentença penal condenatória.

Art. 37. O ajuizamento de ações coletivas não induz litispendência para as ações individuais que tenham objeto correspondente, mas haverá a suspensão destas, até o julgamento da demanda coletiva em primeiro grau de jurisdição.

§ 1º Durante o período de suspensão, poderá o juiz perante o qual foi ajuizada a demanda individual, conceder medidas de urgência.

§ 2º Cabe ao réu, na ação individual, informar o juízo sobre a existência de demanda coletiva que verse sobre idêntico bem jurídico, sob pena de, não o fazendo, o autor individual beneficiar-se da coisa julgada coletiva mesmo no caso de o pedido da ação individual ser improcedente, desde que a improcedência esteja fundada em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 3º A ação individual somente poderá ter prosseguimento, a pedido do autor, se demonstrada a existência de graves prejuízos decorrentes da suspensão, caso em que não se beneficiará do resultado da demanda coletiva.

§ 4º A suspensão do processo individual perdurará até a prolação da sentença da ação coletiva, facultado ao autor, no caso de procedência desta e decorrido o prazo concedido ao réu para cumprimento da sentença, requerer a conversão da ação individual em liquidação provisória ou em cumprimento provisório da sentença do processo coletivo, para apuração ou recebimento do valor ou pretensão a que faz jus.

§ 5º No prazo de noventa dias contado do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo, a ação individual suspensa será extinta, salvo se postulada a sua conversão em liquidação ou cumprimento de sentença do processo coletivo.

§ 6º Em caso de julgamento de improcedência do pedido em ação coletiva de tutela de direitos ou interesses individuais homogêneos, por insuficiência de provas, a ação individual será extinta, salvo se for requerido o prosseguimento no prazo de trinta dias contado da intimação do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo.

Art. 38. Na hipótese de sentença de improcedência, havendo suficiência de provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar ação revisional, com idêntico fundamento, no prazo de um ano contado do conhecimento geral da descoberta de prova técnica nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea para mudar seu resultado.

§ 1º A faculdade prevista no **caput**, nas mesmas condições, fica assegurada ao demandado da ação coletiva com pedido julgado procedente, caso em que a decisão terá efeitos **ex nunc**.

§ 2º Para a admissibilidade da ação prevista no § 1o, deverá o autor depositar valor a ser arbitrado pelo juiz, que não será inferior a dez por cento do conteúdo econômico da demanda.

Art. 39. A ação rescisória objetivando desconstituir sentença ou acórdão de ação coletiva, cujo pedido tenha sido julgado procedente, deverá ser ajuizada em face do legitimado coletivo que tenha ocupado o pólo ativo originariamente, podendo os demais co-legitimados atuar como assistentes.

Parágrafo único. No caso de ausência de resposta, deverá o Ministério Público, quando legitimado, ocupar o pólo passivo, renovando-se-lhe o prazo para responder.

CAPÍTULO VII

DA LIQUIDAÇÃO, EXECUÇÃO E CUMPRIMENTO DE SENTENÇAS DO PROCESSO COLETIVO

Art. 40. É competente para a liquidação e execução coletiva o juízo da ação de conhecimento ou o foro do local onde se encontrem bens sujeitos à expropriação ou do domicílio do executado.

Parágrafo único. Sempre que possível, a liquidação e a execução serão coletivas, sendo promovidas por qualquer dos legitimados à ação coletiva, pelas vítimas ou por seus sucessores.

Art. 41. É competente para a liquidação e execução individual o foro do processo de conhecimento, do domicílio do autor da liquidação ou da execução, ou do local onde se encontrem bens sujeitos à expropriação, não havendo prevenção do juízo da ação coletiva originária.

§ 1º Quando a competência para a liquidação não for do juízo da fase de conhecimento, o executado será intimado, na pessoa do seu procurador, seguindo a execução o procedimento do art. 475-A e seguintes da Lei no 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil.

§ 2º Na hipótese do § 1º, o executado será intimado para a execução após a penhora.

Art. 42. Na liquidação da sentença condenatória à reparação dos danos individualmente sofridos, deverão ser provados, tão só, o dano pessoal, o nexo de causalidade e o montante da indenização.

Art. 43. A liquidação da sentença poderá ser dispensada quando a apuração do dano pessoal, do nexo de causalidade e do montante da indenização depender exclusivamente de prova documental, hipótese em que o pedido de execução por quantia certa será acompanhado dos documentos comprobatórios e da memória do cálculo.

Art. 44. Os valores destinados ao pagamento das indenizações individuais serão depositados, preferencialmente, em instituição bancária oficial, abrindo-se conta remunerada e individualizada para cada beneficiário, regendo-se os respectivos saques pelas normas aplicáveis aos depósitos bancários.

Parágrafo único. Será determinado ao réu, além da ampla divulgação nos meios de comunicação, a comprovação da realização dos depósitos individuais e a notificação aos beneficiários com endereço conhecido.

Art. 45. Em caso de sentença condenatória genérica de danos sofridos por sujeitos indeterminados, decorrido o prazo prescricional das pretensões individuais, poderão os legitimados coletivos, em função da não habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano ou do locupletamento indevido do réu, promover a liquidação e

execução da indenização pelos danos globalmente sofridos pelos membros do grupo, sem prejuízo do correspondente ao enriquecimento ilícito do réu.

Parágrafo único. No caso de concurso de créditos decorrentes de ações em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos, a preferência com relação ao pagamento será decidida pelo juiz, aplicando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Art. 46. Havendo condenação em pecúnia, inclusive decorrente de dano moral coletivo, originária de ação relacionada com interesses ou direitos difusos e coletivos, a quantia será depositada em juízo, devendo ser aplicada na recuperação específica dos bens lesados ou em favor da comunidade afetada.

§ 1º O legitimado coletivo, com a fiscalização do Ministério Público, deverá adotar as providências para a utilização do valor depositado judicialmente, inclusive podendo postular a contratação de terceiros ou o auxílio do Poder Público do local onde ocorreu o dano.

§ 2º Na definição da aplicação da verba referida no **caput**, serão ouvidos em audiência pública, sempre que possível, os membros da comunidade afetada.

CAPÍTULO VIII

DO COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E DO INQUÉRITO CIVIL

Art. 47. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante a fixação de deveres e obrigações, com as respectivas multas devidas no caso do descumprimento.

Art. 48. O valor da cominação pecuniária deverá ser suficiente e necessário para coibir o descumprimento da medida pactuada.

Parágrafo único. A cominação poderá ser executada imediatamente, sem prejuízo da execução específica.

Art. 49. O compromisso de ajustamento de conduta terá natureza jurídica de transação, com eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade da sua homologação judicial, hipótese em que sua eficácia será de título executivo judicial.

Parágrafo único. Não será admitida transação no compromisso de ajustamento de conduta que verse sobre bem indisponível, salvo quanto ao prazo e ao modo de cumprimento das obrigações assumidas.

Art. 50. A execução coletiva das obrigações fixadas no compromisso de ajustamento de conduta será feita por todos os meios, inclusive mediante intervenção na empresa, quando necessária.

§ 1º Quando o compromisso de ajustamento de conduta contiver obrigações de naturezas diversas, poderá ser ajuizada uma ação coletiva de execução para cada uma das obrigações, sendo as demais apensadas aos autos da primeira execução proposta.

§ 2º Nas hipóteses do § 1º, as execuções coletivas propostas posteriormente poderão ser instruídas com cópias do compromisso de ajustamento de conduta e documentos que o instruem, declaradas autênticas pelo órgão do Ministério Público, da Defensoria Pública ou pelo advogado do exequente coletivo.

§ 3º Qualquer um dos co-legitimados à defesa judicial dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos poderá propor a ação de execução do compromisso de ajustamento de conduta, mesmo que tomado por outro co-legitimado.

§ 4º Quando o ajustamento abranger interesses ou direitos individuais homogêneos, o indivíduo diretamente interessado poderá solicitar cópia do termo de compromisso de ajustamento de conduta e documentos que o instruem, para a propositura da respectiva ação individual de liquidação ou de execução.

§ 5º Nos casos do § 4º, o indivíduo interessado poderá optar por ajuizar a ação individual de liquidação ou de execução do compromisso de ajustamento de conduta no foro do seu domicílio ou onde se encontrem bens do devedor.

Art. 51. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a dez dias úteis.

§ 1º O inquérito civil deverá contar com mecanismos de controle interno quanto ao processamento e à adequação da sua instauração.

§ 2º É autorizada a instauração de inquérito civil fundamentado em manifestação anônima, desde que instruída com elementos mínimos de convicção.

Art. 52. Se, depois de esgotadas todas as diligências, o órgão do Ministério Público se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação coletiva, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente, sem prejuízo da atuação dos demais co-legitimados com relação ao mesmo objeto.

§ 1º Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivados serão remetidos ao órgão revisor competente, conforme dispuser o seu regimento, no prazo de até quinze dias, sob pena de se incorrer em falta grave.

§ 2º Até que o órgão revisor homologue ou rejeite a promoção de arquivamento, poderão os interessados apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito, anexados ao inquérito civil ou às peças de informação.

§ 3º Deixando o órgão revisor de homologar a promoção de arquivamento no inquérito civil ou peças de informação, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação ou a adoção de outras providências cabíveis e manifestação fundamentada.

CAPÍTULO IX

DO CADASTRO NACIONAL DE PROCESSOS COLETIVOS E DO CADASTRO NACIONAL DE INQUÉRITOS CIVIS E COMPROMISSOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Art. 53. O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com a existência e o estado das ações coletivas.

§ 1º Os órgãos judiciários aos quais forem distribuídos processos coletivos remeterão, no prazo de dez dias, cópia da petição inicial, preferencialmente por meio eletrônico, ao Cadastro Nacional de Processos Coletivos.

§ 2º No prazo de noventa dias, contado da publicação desta Lei, o Conselho Nacional de Justiça editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional de Processos Coletivos e os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado através da rede mundial de computadores.

§ 3º O regulamento de que trata o § 2º disciplinará a forma pela qual os juízos comunicarão a existência de processos coletivos e os atos processuais mais relevantes sobre o seu andamento, como a concessão de antecipação de tutela, a sentença, o trânsito em julgado, a interposição de recursos e a execução.

Art. 54. O Conselho Nacional do Ministério Público organizará e manterá o Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário, os co-legitimados e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com a abertura do inquérito e a existência do compromisso.

§ 1º Os órgãos legitimados que tiverem tomado compromissos de ajustamento de conduta remeterão, no prazo de dez dias, cópia, preferencialmente por meio eletrônico, ao Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta.

§ 2º O Conselho Nacional do Ministério Público, no prazo de noventa dias, a contar da publicação desta Lei, editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e Compromissos de Ajustamento de Conduta, incluindo a forma de comunicação e os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado.

CAPÍTULO X

DAS DESPESAS, DOS HONORÁRIOS E DOS DANOS PROCESSUAIS

Art. 55. A sentença do processo coletivo condenará o demandado, se vencido, ao pagamento das custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, bem como dos honorários de advogado, calculados sobre a condenação.

§ 1º Tratando-se de condenação à obrigação específica ou de condenação genérica, os honorários advocatícios serão fixados levando-se em consideração a vantagem obtida para os interessados, a quantidade e qualidade do trabalho desenvolvido pelo advogado e a complexidade da causa.

§ 2º Os legitimados coletivos não adiantarão custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem serão condenados em honorários de advogado, custas e demais despesas processuais, salvo comprovada má-fé.

Art. 56. O legitimado coletivo somente responde por danos processuais nas hipóteses em que agir com má-fé processual.

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

CAPÍTULO XI

DO PROGRAMA EXTRAJUDICIAL DE PREVENÇÃO OU REPARAÇÃO DE DANOS

Art. 57. O demandado, a qualquer tempo, poderá apresentar em juízo proposta de prevenção ou reparação de danos a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, consistente em programa extrajudicial.

§ 1º O programa poderá ser proposto no curso de ação coletiva ou ainda que não haja processo em andamento, como forma de resolução consensual de controvérsias.

§ 2º O programa objetivará a prestação pecuniária ou a obrigação de fazer, mediante o estabelecimento de procedimentos a serem utilizados no atendimento e satisfação dos interesses e direitos referidos no **caput**.

§ 3º Em se tratando de interesses ou direitos individuais homogêneos, o programa estabelecerá sistema de identificação de seus titulares e, na medida do possível, deverá envolver o maior número de partes interessadas e afetadas pela demanda.

§ 4º O procedimento poderá compreender as diversas modalidades de métodos alternativos de resolução de conflitos, para possibilitar a satisfação dos interesses e direitos referidos no **caput**, garantidos a neutralidade da condução ou supervisão e o sigilo.

Art. 58. A proposta poderá ser apresentada unilateralmente ou em conjunto com o legitimado ativo, no caso de processo em curso, ou com qualquer legitimado à ação coletiva, no caso de inexistir processo em andamento.

Art. 59. Apresentado o programa, as partes terão o prazo de cento e vinte dias para a negociação, prorrogável por igual período, se houver consentimento de ambas.

Art. 60. O acordo que estabelecer o programa deverá necessariamente ser submetido à homologação judicial, após prévia manifestação do Ministério Público.

Art. 61. A liquidação e execução do programa homologado judicialmente contarão com a supervisão do juiz, que poderá designar auxiliares técnicos, peritos ou observadores para assisti-lo.

CAPÍTULO XII

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 62. Qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, ou de qualquer outro legitimado, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação coletiva e indicando-lhe os elementos de convicção.

Art. 63. As ações coletivas terão tramitação prioritária sobre as individuais.

Art. 64. A União, os Estados e o Distrito Federal poderão criar juízos e órgãos especializados para o processamento e julgamento de ações coletivas em primeira e segunda instância.

Art. 65. É admissível homologação de sentença estrangeira na tutela dos direitos ou interesses difusos coletivos e individuais homogêneos.

§ 1º A homologação de sentença estrangeira coletiva deverá ser requerida perante o

Superior Tribunal de Justiça pelos legitimados arrolados no art. 60.

§ 2º As vítimas ou seus sucessores também poderão utilizar, individualmente, da sentença estrangeira coletiva no Brasil, requerendo a sua homologação perante o Superior Tribunal de Justiça.

Art. 66. As multas administrativas originárias de violações dos direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos reverterão a fundo gerido por conselho federal ou por conselhos estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da sociedade civil, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados e a projetos destinados à prevenção ou reparação dos danos.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no art. 46, poderá o juiz, após prévia oitiva das partes interessadas, atendidas as especificidades da demanda e o interesse coletivo envolvido, destinar o produto da condenação em dinheiro originária de ação coletiva para o fundo previsto no **caput**.

Art. 67. As disposições desta Lei aplicam-se à ação popular e ao mandado de segurança coletivo, no que não forem incompatíveis com as regras próprias que disciplinam e regulam as referidas ações.

Art. 68. Os dispositivos desta Lei aplicam-se no âmbito das relações de trabalho, ressalvadas as peculiaridades e os princípios informadores do processo trabalhista.

Art. 69. Aplica-se à ação civil pública e às demais ações coletivas previstas nesta Lei, subsidiariamente, a Lei no 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil, naquilo em que não contrarie suas disposições e desde que seja compatível com o sistema de tutela coletiva.

§ 1º À ação civil pública e demais ações coletivas previstas nesta Lei aplica-se ainda o disposto nas Leis no 4.348, de 26 de junho de 1964, 5.021, de 9 de junho de 1966, 8.437, de 30 de junho de 1992, e 9.494, de 10 de setembro de 1997.

§ 2º A execução por quantia certa das decisões judiciais proferidas contra a Fazenda Pública, na ação civil pública e nas demais ações coletivas de que trata esta Lei, deverá se dar na forma do art. 730 da Lei no 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil.

Art. 70. Esta Lei entra em vigor após cento e oitenta dias contados de sua publicação.

Art. 71. Ficam revogados:

I - a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985;

II - os arts. 3º a 7º da Lei no 7.853, de 24 de outubro de 1989;

III - o art. 3º da Lei no 7.913, de 7 de dezembro de 1989;

IV - os arts. 209 a 213 e 215 a 224 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990;

V - os arts. 81 a 84, 87, 90 a 95, 97 a 100, 103 e 104 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990;

VI - o art. 88 da Lei no 8.884, de 11 de junho de 1994;

VII - o art. 7º da Lei no 9.008, de 21 de março de 1995, na parte em que altera os arts. 82, 91 e 92 da Lei no 8.078, de 11 de setembro de 1990;

VIII - os arts. 2º e 2º-A da Lei no 9.494, de 10 de setembro de 1997;

IX - o art. 54 da Lei no 10.257, de 10 de julho de 2001;

X - os arts. 4º, na parte em que altera o art. 2º-A da Lei no 9.494, de 10 de setembro de 1997, e 6º da Medida Provisória no 2.180-35, de 24 de agosto de 2001;

XI - os arts. 74, inciso I, 80 a 89 e 92, da Lei no 10.741, de 1º de outubro de 2003; e

XII - a Lei no 11.448, de 15 de janeiro de 2007.

Brasília,

EM nº 00043 - MJ

Brasília, 8 de abril de 2009.

Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

Submeto à elevada consideração de Vossa Excelência anteprojeto de lei que regula a Ação Civil Pública, com vistas a adequá-la ao comando normativo da Constituição.

2. O anteprojeto também objetiva ser uma adequação às significativas e profundas

transformações econômicas, políticas, tecnológicas e culturais em âmbito global, significativamente aceleradas nesta virada do século XX, para o fim de prever a proteção de direitos que dizem respeito à cidadania, não consubstanciados pela atual Lei da Ação Civil Pública, de 1985.

3. O Código de Processo Civil, de 1973, balizador da disciplina processual civil, mas ainda fundado na concepção do liberalismo individualista, não responde neste novo estágio de evolução jurídico-científica ao alto grau de complexidade e especialização exigidos para disciplinar os direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos.

4. A mencionada Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, de 1990, são marcos importantes para a tutela dos interesses coletivos, mas, com passar do tempo, juristas, pesquisadores e doutrinadores do Sistema Coletivo Brasileiro identificaram a necessidade do seu aperfeiçoamento e modernização com vistas a adequá-lo às novas concepções teóricas, nacionais e internacionais, e à nova ordem constitucional. Temos como exemplo o Código-modelo de processos coletivos para Íbero-América e os dois anteprojetos do Código Brasileiro de Processo Coletivo elaborados no âmbito da Universidade de São Paulo - USP, com participação do Instituto Brasileiro de Direito processual – IBDP, e da Universidade Estadual do Rio de Janeiro – UERJ, respectivamente.

5. Durante o Congresso das Carreiras Jurídicas de Estado, promovido em junho de 2008 pela Advocacia-Geral da União, verificou-se a necessidade de aperfeiçoamento da tutela coletiva no Brasil.

6. Diante desse cenário, o Ministério da Justiça instituiu, por meio da Portaria nº 2.481, de 9 de dezembro de 2008, Comissão Especial composta por renomados juristas e operadores do Direito, com representação de todas as carreiras jurídicas, e presidida pelo Secretário de Reforma do Poder

Judiciário do Ministério, com a finalidade de apresentar proposta de readequação e modernização da tutela coletiva.

7. Dentre as inúmeras inovações do anteprojeto, destacam-se:

a) estabelecimento de princípios e institutos próprios indicando ser uma disciplina processual autônoma;

b) ampliação dos direitos coletivos tuteláveis pela Ação Civil Pública;

c) aumento do rol de legitimados, englobando a Defensoria Pública, a Ordem dos Advogados do Brasil e os Partidos Políticos, que passam a atuar na defesa dos direitos coletivos;

d) participação de todos os interessados, inclusive da sociedade civil, para decidir sobre a destinação dos valores originários das ações coletivas, especialmente em se tratando de violação aos direitos difusos, possibilitando resultado mais efetivo para populações ou locais atingidos por danos coletivos;

e) criação de dois cadastros nacionais, um para acompanhamento de inquéritos civis e compromissos de ajustamento de conduta, sob a responsabilidade do Conselho Nacional do Ministério Público, e outro relacionado com Ações Cíveis Públicas ajuizadas, sob o controle do Conselho Nacional de Justiça;

f) modificação da regra de competência para reparação de dano coletivo que atinja a várias partes do país, possibilitando o ajuizamento da Ação Civil Pública em qualquer juízo da capital dos Estados ou do Distrito Federal;

g) tratamento diferenciado dos institutos de conexão, continência e litispêndência, visando a assegurar de maneira mais ampla a reunião de processos e a evitar a proliferação de demandas e a divergência entre julgamentos;

h) disciplina do ônus da prova, voltada à produção de quem estiver mais próximo dos fatos e capacidade de produzi-las, objetivando maior efetividade;

i) em termos de coisa julgada foi seguida a posição do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ela ser ampla, independentemente da competência territorial do órgão julgador;

j) aperfeiçoamento do Sistema de Execução das Tutelas Coletivas, inclusive com o incentivo aos meios alternativos de solução de controvérsias coletivas, em juízo ou extrajudicialmente, mediante acompanhamento do Ministério Público e do Poder Judiciário;

k) proposição de aperfeiçoamento da execução coletiva; e

l) consolidação do sistema jurídico coletivo, mediante revogação de dispositivos de várias leis dispersas, tais como o Código do Consumidor (Lei 8.078/90), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), a Lei da Pessoa Portadora de Deficiências (Lei 7.853/89), a Lei Protetiva dos Investidores do Mercado de Valores Imobiliários (Lei 7.913/89) e a Lei de Prevenção e

Repressão às Infrações contra a Ordem Econômica - Antitruste (Lei 8.884/94).

8. As propostas foram discutidas com a sociedade em diversas oportunidades. As sugestões apresentadas foram amplamente debatidas na Comissão.

9. Por derradeiro, os avanços consubstanciados na proposta terão amplo e imediato reflexo na forma de tutelar os direitos coletivos no Brasil, o que representa um passo importante rumo ao acesso à justiça e à efetividade da tutela coletiva.

10. Essas, Excelentíssimo Senhor Presidente da República, são as razões que fundamentam a proposta que ora submeto à elevada consideração de Vossa Excelência.

Respeitosamente,

Assinado por: Tarso Fernando Herz Genro