



Des. Marcelo Buhaten

## TEMA

### Ações Coletivas; interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos

Ao longo do tempo, a ciência processual vem enfrentando o grande desafio de criar um sistema que seja capaz de possibilitar uma prestação jurisdicional justa, adequada, célere e efetiva, dando concretude ao princípio Constitucional do acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV da CRFB.

Com as ações coletivas não é diferente. O seu principal escopo é justamente ampliar o **acesso à justiça**, no sentido de prestar uma tutela jurisdicional diferenciada, adequada e efetiva, voltada à tutela dos direitos coletivos, bem como à tutela coletiva de direitos individuais, quando presentes os requisitos legais.

Ademais, através das ações coletivas, visa-se a uma maior efetivação do direito material, bem como otimização e racionalização na prestação jurisdicional, a fim de se obter maior **segurança jurídica**, evitando-se decisões contraditórias em demandas similares, na medida em que, através das ações coletivas, busca-se solucionar o maior número possível de conflitos de interesses através de um único processo.

Estamos aqui tratando sobre processo civil coletivo, que visa a servir de instrumento de tutela e efetivação dos direitos coletivos, pertencentes a toda a sociedade ou a determinada comunidade, bem como dos chamados direitos individuais homogêneos, pertencentes a indivíduos determinados, mas que, por política legislativa, se facultam à utilização das regras e princípios do processo coletivo, com o escopo maior de conferir segurança jurídica e economia processual.

Na ausência de um Código de Processo Civil com regras próprias e específicas para a tutela de direitos metaindividuais, fala-se da existência de um microsistema de processo coletivo, cujo núcleo duro é composto pela Lei 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública) e pela Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), que dialogam entre si e são aplicadas a toda e qualquer Ação coletiva, não importando a natureza do direito a ser tutelado (art. 90 do CDC c/c art. 21 da Lei 7.347/85).

Também é parte integrante desse microsistema, dentre outras, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92), de elevada importância democrática e social, na medida em que tem por objetivo a tutela do patrimônio público e a moralidade na gestão da coisa pública, prevendo sanções para o agente público ou terceiro que cometa ato ímprobo, bem como as regras processuais destinadas a tornar efetiva a sanção cabível para o ato ilegal praticado. Isso porque o direito à probidade na administração é de titularidade de toda a sociedade.

Também não se pode esquecer da Lei 4.717/65 (Lei de Ação Popular), sendo a única a conferir legitimidade ativa *ad causam* aos cidadãos, a fim de que possam zelar pela coisa pública e pela moralidade na administração pública. Vale dizer, com exceção da Ação Popular, o indivíduo não tem legitimidade para se valer das Ações coletivas, ainda

que seja titular de parcela do direito violado, o que, por óbvio, não obsta o ajuizamento de ação tendente a tutelar seu direito individual.

Os direitos que são objeto de tutela do processo coletivo são os chamados difusos, coletivos estrito senso e individuais homogêneos, nos termos dos incisos do Parágrafo único do art. 81 do CDC.

Como terceira geração dos direitos e garantias fundamentais, os direitos difusos são aqueles cujo titular é a sociedade, composta por pessoas indeterminadas ou de difícil determinação. São direitos que transcendem ao indivíduo, sendo, portanto indivisíveis e indisponíveis, sendo que os membros da sociedade se ligam entre si por uma circunstância de fato (o evento lesivo ou ameaça de lesão).

Por se tratar de direito indivisível, a decisão deve ser uniforme para todos os integrantes da sociedade lesada, donde se conclui que eventual Ação movida por associação não necessita de qualquer autorização assemblear, como ocorria no passado. Quando se diz que a decisão será igual para todos - quer se dizer que, coletivamente, a decisão deverá ser uniforme. Ou se concede a tutela jurisdicional para toda a sociedade, ou não se concede, fato que em nada abala eventual Ação individual por quem se sentir lesado em sua esfera pessoal pela conduta ilegal.

Os direitos coletivos em sentido estrito são aqueles cujo titular é uma comunidade, caracterizada por um grupo, classe ou categoria de pessoas indeterminadas, mas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Tal como os direitos difusos, trata-se de direito indivisível e indisponível.

Por sua vez, os direitos individuais homogêneos são direitos individuais que, por política legislativa, se permite a tutela através do

processo coletivo. Seus titulares são pessoas determinadas sendo, portanto, divisível. Para que se permita a tutela coletiva de tais direitos é necessário que haja uma ligação de fato ou de direito entre seus titulares ou entre esses e a parte contrária, devendo a essa ligação ter uma origem comum e ser relevante do ponto de vista social, como por exemplo um grande acidente aéreo.

Foi justamente a partir do Código de Defesa do Consumidor que o sistema jurídico pátrio, influenciado pelas *class action* do direito norte-americano, passou a permitir a tutela dos direitos individuais homogêneos.

Através da tutela dos direitos individuais homogêneos, busca-se uma sentença condenatória genérica, em que se reconheça a ilegalidade da conduta impugnada e o dever de indenizar os indivíduos lesados, na forma do art. 95 do CDC, que assim dispõe:

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

A partir daí, cada indivíduo lesado, pessoalmente, ou através dos legitimados a tutelar tais direitos de forma coletiva, poderá liquidar e executar seu dano, tudo conforme art. 97 do CDC, verbis:

***Art. 97. A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82***

Justamente por se tratar de um direito de cunho individual, sem prejuízo de eventual ação coletiva ajuizada, nada impede que o indivíduo lesado ajuíze uma ação tendente a reparar seu dano, não

havendo que se falar em litispendência nesse caso. Entretanto, de acordo com o art. 104 do CDC, os efeitos da sentença de procedência proferida nos autos da Ação coletiva somente irá lhe estender, se requerer a suspensão de sua demanda individual no prazo de 30 dias a contar do conhecimento do ajuizamento da ação coletiva.

Não obstante a regra acima citada, a fim de conferir maior racionalização na prestação jurisdicional e por razões de economia processual, o entendimento atual do STJ é no sentido de que tomando o magistrado conhecimento do ajuizamento de uma ação coletiva tendente a fixar o dever de indenizar em casos de dano em massa, deve ele determinar de ofício a suspensão da demanda individual que tenha como causa de pedir os mesmos fatos que sustentam a demanda coletiva.

De acordo com o STJ:

Processo REsp 1110549 / RS RECURSO ESPECIAL 2009/0007009-2 Relator(a) Ministro SIDNEI BENETI (1137) Órgão Julgador S2 - SEGUNDA SEÇÃO Data do Julgamento 28/10/2009 Data da Publicação/Fonte DJe 14/12/2009 RSTJ vol. 217 p. 788 Ementa RECURSO REPETITIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. MACRO-LIDE. CORREÇÃO DE SALDOS DE CADERNETAS DE POUPANÇA. SUSTAÇÃO DE ANDAMENTO DE AÇÕES INDIVIDUAIS. POSSIBILIDADE. 1.- Ajuizada ação coletiva atinente a macro-lide geradora de processos multitudinários, suspendem-se as ações individuais, no aguardo do julgamento da ação coletiva. 2.- Entendimento que não nega vigência aos arts. 51, IV e § 1º, 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor; 122 e 166 do Código Civil; e 2º e 6º do Código de Processo Civil, com os quais se harmoniza, atualizando-lhes a interpretação extraída da potencialidade desses dispositivos legais ante a diretriz legal resultante do disposto no art.

543-C do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei dos Recursos Repetitivos (Lei n. 11.672, de 8.5.2008). 3.- Recurso Especial improvido.

Como já acima destacado, com exceção da Ação Popular, o indivíduo não tem legitimidade ativa para o ajuizamento de Ação coletiva. Somente os entes elencados de forma taxativa nos artigos 82 do CDC e 5º da Lei 7437/85 estão autorizados a tanto, numa legitimação extraordinária concorrente e disjuntiva, em substituição processual.

Com efeito, não obstante essa pluralidade de legitimados, somente o Ministério Público pode se valer do Inquérito Civil, ao passo que todo órgão público está autorizado a firmar Termo de Ajustamento de Conduta, o que exclui dessa possibilidade as associações.

Com relação à atuação do Ministério Público na tutela dos direitos individuais homogêneos, restou vencedor o entendimento no sentido de que mesmo que se trate de direito divisível, disponível ou não, e de titularidade determinada, sempre que o interesse público se mostrar presente, estará autorizada a atuação do Ministério Público, certo que na seara consumerista convém lembrar o art. 1º do CDC (*Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias*).

Ademais, com o propósito de possibilitar uma maior proteção aos direitos coletivos, o art. 5º, § 5º da Lei 7347/85 permite a atuação conjunta de membros de ministérios públicos diversos, em litisconsórcio.

No campo da legitimidade ativa, importante mudança se deu através da Lei 11.448/2007, que incluiu, de forma expressa, a legitimidade da Defensoria Pública como instituição no art. 5º, da Lei 7347/85. Não obstante algumas críticas no sentido de que essa não seria a função institucional da Defensoria Pública, sua legitimidade foi tida como constitucional.

Interessante notar que as associações somente estarão autorizadas a ajuizar Ações coletivas se demonstrarem no caso concreto a pertinência temática, ou seja, que a matéria discutida se enquadra em seus fins sociais, exigindo a Lei, ainda, sua pré-constituição há 1 (um) ano, o que pode ser dispensado pelo juiz no caso concreto, em razão do interesse social e da extensão do dano.

Em razão da natureza concorrente dessa legitimidade extraordinária, nada impede a atuação conjunta de tais entes, ou mesmo que algum deles ingresse como assistente litisconsorcial do ente legitimado autor, o que não se permite ao indivíduo afirmadamente lesado, salvo quando a lide versar sobre direitos individuais homogêneos, nos termos do art. 94 do CDC, ocasião em que o indivíduo se sujeitará normalmente aos efeitos da sentença proferida, não importando o seu resultado.

Através das Ações coletivas, todo e qualquer direito pode ser objeto de tutela, com exceção das vedações previstas no parágrafo único do art. 1º da Lei 7.347/85, abaixo transcrito:

*“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”*

Com efeito, a melhor doutrina entende que tais restrições são manifestamente inconstitucionais, na medida em que viola o princípio do devido processo legal em sua acepção substancial. Ademais, tais restrições foram incluídas através da Medida Provisória nº 2.180-35, de 2001, sem o indispensável requisito da urgência, o que a torna também formalmente inconstitucional.

Sem embargo das restrições, importante deixar registrado que o STJ pode entender ser cabível o manejo de Ação Civil Pública para a impugnação de cobrança abusiva de tarifa ou preço público que, diferentemente da taxa, não possui natureza tributária.

Ademais, majoritariamente vem se entendendo ser plenamente cabível o controle de constitucionalidade de Lei ou ato normativo através da Ação Civil Pública, desde que de forma incidental, ou seja, em que a questão da constitucionalidade será tão somente conhecida na causa de pedir, não como objeto principal da lide. Nesse sentido:

Processo REsp 299271 / PR RECURSO ESPECIAL 2001/0002883-7 Relator(a) Ministra ELIANA CALMON (1114) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 17/12/2002 Data da Publicação/ Fonte DJ 08/09/2003 p. 269 Ementa PROCESSUAL CIVIL - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE - POSSIBILIDADE - EFEITOS. 1. É possível a declaração incidental de inconstitucionalidade, na ação civil pública, de quaisquer leis ou atos normativos do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal, em torno da tutela do interesse público. 2. A declaração incidental de inconstitucionalidade na ação civil pública não faz coisa julgada material, pois se trata de controle difuso de constitucionalidade, sujeito

ao crivo do Supremo Tribunal Federal, via recurso extraordinário, sendo insubsistente, portanto, a tese de que tal sistemática teria os mesmos efeitos da ação declaratória de inconstitucionalidade. 3. O efeito *erga omnes* da coisa julgada material na ação civil pública será de âmbito nacional, regional ou local conforme a extensão e a indivisibilidade do dano ou ameaça de dano, atuando no plano dos fatos e litígios concretos, por meio, principalmente, das tutelas condenatória, executiva e mandamental, que lhe asseguram eficácia prática, diferentemente da ação declaratória de inconstitucionalidade, que faz coisa julgada material *erga omnes* no âmbito da vigência espacial da lei ou ato normativo impugnado. 4. Recurso especial parcialmente provido.

A fim de fomentar a utilização das Ações coletivas, o art. 87 do CDC deixa claro que em tais demandas não haverá o adiantamento de custas, bem como que o pagamento de honorários advocatícios somente terá lugar quando ficar comprovada a atuação de má-fé por parte dos legitimados.

Art. 87. Nas ações coletivas de que trata este código não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.

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

A grande crítica que se faz ao referido dispositivo diz respeito ao pagamento dos honorários periciais. Isso porque como todo

profissional, o Perito depende de remuneração para exercer seu mister, ou seja, existem milhares de ações coletivas paradas aguardando a produção de prova pericial, sendo esse um grande entrave para a efetiva e adequada prestação jurisdicional. Há quem entenda que os honorários periciais devem ser adiantados pelo FDD (art. 13 da Lei 7.347/85), mas a discussão está longe de se chegar ao consenso. Digno de nota é ressaltar que essa regra vale tão somente para a parte autora, não para o réu.

Outro tema bastante importante para a tutela coletiva é o da coisa julgada, certo que em havendo regras próprias o art. 472 do CPC não será aplicado. Isso porque quanto aos efeitos subjetivos, a coisa julgada, desde que diante de uma sentença de procedência, irá atingir a todos os titulares do direito tutelado (*secundum eventum litis*), certo que salvo no caso do art. 94 do CDC, a coisa julgada de improcedência não terá qualquer efeito na esfera individual. Quanto ao tema, destaca-se o teor do art. 103 do CDC:

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

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

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

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

Ainda nessa temática, e, aparentemente conflitante com o destacado art. 103 do CDC, importante ressaltar a esdrúxula regra do art. 16 da Lei 7.347/85, segundo o qual *“A sentença civil fará coisa julgada erga omnes, **nos limites da competência territorial do órgão prolator**, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”*.

De acordo com a referida regra, buscou-se limitar os efeitos da Sentença de procedência aos limites territoriais do órgão prolator, sendo um verdadeiro atentado em face dos escopos da tutela coletiva, sem contar na violação do princípio da isonomia. Em verdade, a mencionada regra teve como motivação a tentativa do poder público em retirar eficácia e efetividade das ações civis públicas, com o que a doutrina sempre foi, no sentido de ser inconstitucional tal restrição.

Não obstante as pesadas críticas doutrinárias, o STJ sempre foi no sentido da constitucionalidade da restrição até que, no ano de 2011, em decisão revolucionária e inovadora, a Corte especial alterou seu entendimento do Tribunal Superior, no sentido de que em se tratando de demanda com abrangência nacional e havendo pedido nesse sentido, a limitação territorial pretendida pelo art. 16 da Lei 7.347/85 não terá aplicação, conforme ementa abaixo transcrita.

REsp 1243887 / PR RECURSO ESPECIAL 2011/0053415-5 Relator(a) Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO (1140) Órgão Julgador CE - CORTE ESPECIAL Data do Julgamento 19/10/2011 Data da Publicação/Fonte

DJe 12/12/2011 DECTRAB vol. 210 p. 31 RSTJ vol. 225 p. 123 Ementa DIREITO PROCESSUAL. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ART. 543-C, CPC). DIREITOS METAINDIVIDUAIS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. APADECO X BANESTADO. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS. EXECUÇÃO/ LIQUIDAÇÃO INDIVIDUAL. FORO COMPETENTE. ALCANCE OBJETIVO E SUBJETIVO DOS EFEITOS DA SENTENÇA COLETIVA. LIMITAÇÃO TERRITORIAL. IMPROPRIEDADE. REVISÃO JURISPRUDENCIAL. LIMITAÇÃO AOS ASSOCIADOS. INVIABILIDADE. OFENSA À COISA JULGADA. 1. Para efeitos do art. 543-C do CPC: 1.1. A liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva pode ser ajuizada no foro do domicílio do beneficiário, porquanto 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). 1.2. A sentença genérica proferida na ação civil coletiva ajuizada pela Apadeco, que condenou o Banestado ao pagamento dos chamados expurgos inflacionários sobre cadernetas de poupança, dispôs que seus efeitos alcançariam todos os poupadores da instituição financeira do Estado do Paraná. Por isso descabe a alteração do seu alcance em sede de liquidação/ execução individual, sob pena de vulneração da coisa julgada. Assim, não se aplica ao caso a limitação contida no art. 2º-A, caput, da Lei n. 9.494/97. 2. Ressalva de fundamentação do Ministro Teori Albino Zavascki. 3. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido. ▼