

**AÇÕES COLETIVAS
NO DIREITO COMPARADO E NACIONAL**

Uma tentativa de sistematização e análise crítica

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
Faculdade de Direito

**AÇÕES COLETIVAS
NO DIREITO COMPARADO E NACIONAL**

Uma tentativa de sistematização e análise crítica

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Curso de Pós-Graduação em Direito

Tese apresentada no Curso de pós-graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor, sob orientação do Professor Titular Doutor Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni.

Curitiba

2001

AÇÕES COLETIVAS NO DIREITO COMPARADO E NACIONAL

Uma tentativa de sistematização e análise crítica

por

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

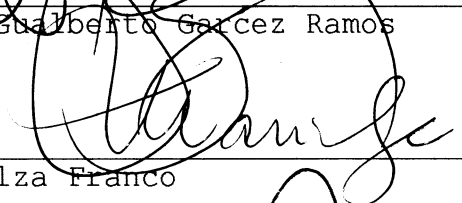
Tese aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor, no Curso de pós-graduação em Direito, sob a orientação do Professor Titular Doutor Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni, pela Comissão formada pelos professores:



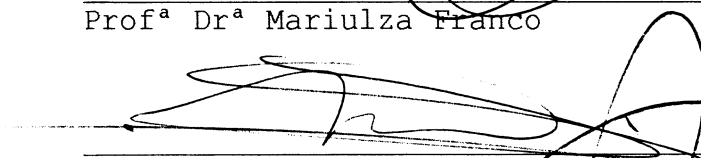
Prof. Dr. Luiz Guilherme Bittencourt Marinoni



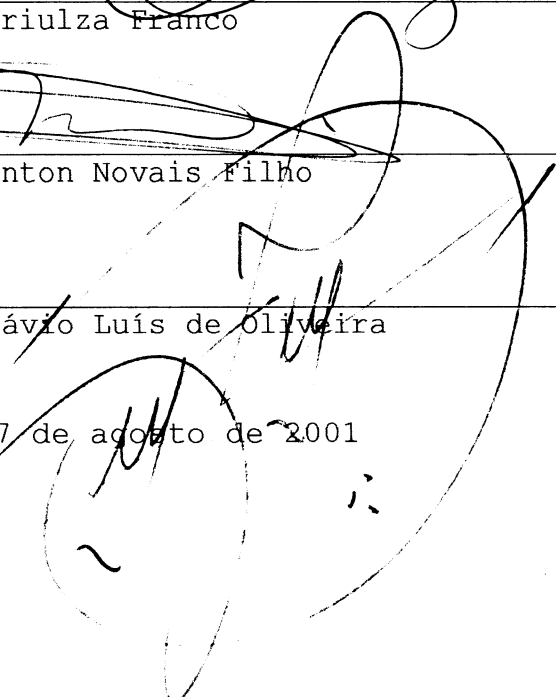
Prof. Dr. João Gualberto Garcez Ramos



Profª Drª Mariulza Franco



Prof. Dr. Danton Novais Filho



Prof. Dr. Flávio Luís de Oliveira

Curitiba, 17 de agosto de 2001

SUMÁRIO

Introdução	1
<i>PARTE I - UMA TENTATIVA DE DEFINIÇÃO PARA AS AÇÕES</i>	
<i>COLETIVAS E O PAPEL DA TUTELA COLETIVA</i>	4
Capítulo 1 – Uma tentativa de definição para as ações coletivas	5
Capítulo 2 - O papel das ações coletivas no contexto sócio-jurídico do mundo contemporâneo	11
2.1. As ações coletivas e o acesso à Justiça	14
2.2. As ações coletivas como medida de economia judicial e processual	18
2.3. As decisões contraditórias proferidas em processos individuais e as ações coletivas: o princípio da igualdade diante da lei e a (falta de) segurança jurídica	23
2.4. As ações coletivas como instrumento para o equilíbrio das partes no processo	25
<i>PARTE II - AS AÇÕES COLETIVAS NO DIREITO COMPARADO</i>	26
Capítulo 3 - Inglaterra	29
3.1. Evolução histórica:	29
3.2. O ressurgimento das ações coletivas, o relatório Woolf e o novo código de processo civil para a Inglaterra e País de Gales	37
Capítulo 4 – Estados Unidos da América	53
4.1. Evolução histórica	53
4.2. As <i>class actions</i> no direito contemporâneo	65
4.2.1. A estrutura da Regra 23	66

4.2.2. Pré-requisitos para a <i>class action</i>	67
4.2.2.1. A parte representativa deve integrar a classe	68
4.2.2.2. Numerosidade e inviabilidade do litisconsórcio	69
4.2.2.3. Existência de questões comuns de fato ou de direito	70
4.2.2.4. Identidade de pretensões ou defesas entre o representante e a classe	71
4.2.2.5. Representação adequada	75
4.2.3. As espécies de <i>class actions</i>	79
4.2.3.1. As ações de classe para compatibilidade de conduta – Rule 23(b)(1)(A)	81
4.2.3.2. As ações de classe da Rule 23(b)(1)(B)	85
4.2.3.3. As ações de classe da Rule 23(b)(2)	87
4.2.3.4. A ação de classe em razão de questão comum ou indenizatória: a Rule 23(b)(3)	89
Capítulo 5 – Itália	99
5.1. Antecedentes históricos	99
5.2. O papel da doutrina italiana	101
5.3. As idéias precursoras de Mauro Cappelletti	102
5.3.1. A realidade contemporânea e os novos interesses coletivos	103
5.3.2. A necessidade de adequação do direito processual à exigência de tutela dos interesses coletivos	104
5.3.3. As concepções processuais e as dificuldades políticas e psicológicas para a superação da visão tradicionalista	106
5.3.4. As maiores dificuldades jurídicas para a realização do acesso à justiça dos interesses coletivos	106
5.3.4.1. Legitimação	106
5.3.4.2. As garantias processuais dos membros ausentes	109

5.3.4.3. Os limites subjetivos e objetivos da coisa julgada	109
5.3.4.4. A necessidade de provimentos adequados para a tutela dos interesses coletivos	110
5.4. A obra de Vincenzo Vigoriti	110
5.5. O quadro evolutivo e atual das ações coletivas na Itália	115
Capítulo 6 – Alemanha	130
6.1. Visão geral	130
6.2. As <i>Verbandsklagen</i> (ações associativas)	134
Capítulo 7 – Portugal	145
7.1. Interesses difusos	145
7.2. O tratamento constitucional	146
7.3. A produção legislativa infraconstitucional	149
7.4. A ação popular (coletiva) portuguesa	154
Capítulo 8 – Canadá	162
Capítulo 9 – França	170
Capítulo 10 – Espanha	175
Capítulo 11 – Austrália	182
Capítulo 12 – Notícia sobre as ações coletivas em outros países	190
12.1. Argentina	191
12.2. Israel	193
12.3. China	195
Capítulo 13 – O Código Modelo Ibero-americano e as Diretivas da União Européia	200
13.1. O Código Modelo (ou Tipo) de Processo Civil Ibero-americano	200
13.2. As Diretivas da União Européia	203

Capítulo 14 – Síntese e conclusões do direito comparado	210
14.1. A espécie de previsão e o âmbito de eficácia dentro do ordenamento jurídico	212
14.2. <i>Legitimatio ad causam</i>	214
14.3. Os interesses coletivos e as espécies cabíveis de prestação jurisdicional	216
14.4. Os sistemas de vinculação (<i>opt-in</i> , <i>opt-out</i> e eficácia <i>secundum eventum litis</i>)	219
PARTE III – AÇÕES COLETIVAS NO BRASIL	221
Capítulo 15 – Evolução histórica	222
Capítulo 16 – Interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos	235
16.1. A definição dos conceitos por lei	235
16.2. Os interesses	236
16.3. Interesses públicos, privados e sociais	239
16.4. Os interesses ou direitos	241
16.5. Parâmetros para a interpretação legal	243
16.6. Interesses difusos e coletivos (<i>stricto sensu</i>): interesses essencialmente coletivos (<i>lato sensu</i>)	247
16.6.1. A definição legal	248
16.6.2. O caráter essencialmente coletivo: unitariedade	249
16.6.3. Os aspectos distintivos entre interesses difusos e coletivos: determinação das pessoas e existência de vínculo	259
16.7. Interesses individuais homogêneos: interesses acidentalmente coletivos – a defesa coletiva dos direitos individuais	262
Capítulo 17 – Competência	266
17.1. Generalidades	266
17.2. Critérios de determinação	269

17.3. Modo de definição (iter)	272
17.4. Competência concorrente, relativa e absoluta	275
17.5. A competência para as ações coletivas na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor	280
Capítulo 18 – Legitimação para agir nas ações coletivas	293
18.1. <i>Legitimatío ad causam</i>	293
18.2. A natureza da legitimação nas ações coletivas	298
18.3. Os sistemas de legitimação para as ações coletivas e os órgãos e pessoas legitimadas no direito brasileiro	302
18.5. A legitimação do Ministério Público	304
18.6. Associações e sindicatos	310
18.7. A situação do indivíduo diante dos interesses coletivos: inafastabilidade da prestação jurisdicional e legitimação extraordinária	315
Capítulo 19 – Litispendência e coisa julgada	321
19.1. Generalidades	321
19.2. A litispendência e a coisa julgada diante do art. 104 do CDC	322
19.3. Os efeitos do julgamento nas ações coletivas	327
19.4. A inconstitucionalidade do art. 2º-A da Lei n. 9.494/97	329
Capítulo 20 – Síntese e conclusões do direito nacional	332
Bibliografia	342

Resumo

O presente trabalho objetivou estudar as ações coletivas no direito comparado e nacional, procurando desenvolver o estudo sistematizado e a análise crítica, com o escopo de formular proposições e sugestões destinadas ao aperfeiçoamento da prestação jurisdicional coletiva no Brasil. Para tanto, definiu-se diante da ação coletiva, enunciando o seu papel no contexto sócio-jurídico do mundo contemporâneo. Para que a realidade nacional pudesse ser mais bem compreendida e analisada, fez-se o levantamento da evolução histórica e da situação atual da proteção judicial coletiva em onze países: Inglaterra, Estados Unidos, Itália, Alemanha, Portugal, Canadá, França, Espanha, Austrália, Argentina, Israel e China, bem como as sugestões formuladas pela Associação Ibero-americana de Direito Processual e as diretivas da Comunidade Européia em torno do assunto. A ampla abordagem e diagnóstico das experiências sucedidas no exterior são com certeza inovadores e culminam com a elaboração de síntese e apresentação de conclusões relacionadas com o tratamento dado às ações coletivas no âmbito internacional. O quadro nacional foi em seguida detalhadamente apreciado, sob o prisma da evolução histórica das disposições normativas, dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, das regras de fixação da competência, da legitimação para agir e do equacionamento da litispendência e da coisa julgada, à luz da doutrina, dos tribunais e dos posicionamentos pessoais. Dentre as proposições sugeridas, destacam-se a introdução sistematizada da matéria no CPC, a atribuição de legitimação aos indivíduos, a caracterização da litispendência em razão do substituído e a adoção do sistema de exclusão, em termos de vinculação.

Abstract

The present work aimed at study the collective actions in comparative and national law, seeking to develop a systematic study and a critical appraisal in order to formulate propositions and suggestions destined to the improvement of the collective jurisdictional guardianship in Brazil. Hence, it was defined facing the collective action, enunciating its role in the social juridical context of the contemporary world. To better comprehend and analyze national reality, it was taken in consideration the historical evolution and the current situation of the collective judicial protection in eleven countries: England, United States, Italy, Germany, Portugal, Canada, France, Spain, Australia, Argentina, Israel and China, as well as the suggestions made by the Ibero-American Association of Process Law and the guidelines of the European Community on the issue. The broad approach and diagnosis of the experiences happened abroad are, for sure, innovative and culminated with the elaboration of synthesis and presentation of conclusions related to the treatment given to the collective action in the international sphere. After that, the national framework was analyzed in details, taking in account the historical evolution of normative provisions of diffuse interests, of homogeneous collective and individual interests, of the rules to fix the competence, of the standing to sue and of the equation of pendency and *res judicata*, under the doctrine, the tribunals and personal opinions. Among the suggested propositions, it is emphasized the sistematic introduction of the matter in the Brazilian Civil Process Code, the attribution of standing to individuals, the characterization of the pendency due to the substituted and the adoption of the system of exclusion, in terms of connection.

Introdução

As ações coletivas representam tema palpitante no direito nacional e estrangeiro. Em julho de 2000, reuniram-se em Genebra professores de várias partes do mundo para debater e confrontar as respectivas experiências nacionais envolvendo *class actions*, desastres de grande escala, *complex litigation*, direitos do consumidor, *civil rights*, interesses difusos e assuntos relacionados com a tutela coletiva. Por certo, não foi o primeiro e nem será o último encontro sobre o assunto. O Congresso de Pavia, na Itália, no ano de 1974, e VII Congresso Internacional de Direito Processual, ocorrido em Würzburg, na Alemanha, em 1983, já desbravavam e tratavam de aprofundar os estudos sobre os interesses coletivos e a superação do modelo individualista tradicional.

A influência dos congressos supramencionados, realizados há quase trinta e vinte anos, respectivamente, resultou em grandes modificações operadas no ordenamento brasileiro ao longo dos últimos quinze anos. Podem ser evocados, como exemplos, a Lei da Ação Civil Pública, de 1985, a Constituição da República, de 1988, e o Código de Defesa do Consumidor, que veio a lume em 1990.

O relativo sucesso alcançado não pode ofuscar, entretanto, as hercúleas tarefas que se colocam para o Direito Processual brasileiro: continuar superando as dificuldades para o acesso à justiça e melhorar a prestação jurisdicional, tornando-a mais efetiva, célere e humana, garantindo a realização do direito, assegurando a igualdade diante da lei e procurando oferecer o devido processo legal.

A presente monografia será construída e pretende evoluir a partir de três partes essenciais. O início será marcado pela enunciação de questões preliminares, relacionadas com a definição e o papel das ações coletivas no contexto sócio-jurídico contemporâneo.

Em seguida, na segunda parte, serão feitas incursões no Direito Comparado, partindo-se de três marcos históricos: o surgimento das ações de grupo na Inglaterra, as *class actions* norte-americanas e a doutrina italiana. Pode-se adiantar, desde já, que o capítulo pertinente à Inglaterra dará ênfase no resgate do desenvolvimento originário, bem como às recentes inovações trazidas pelo código inglês. O dos Estados Unidos, além de breve reconstituição histórica, se debruçará sobre os variados aspectos e requisitos referentes às ações de classe, que serão, inclusive, analisadas em espécie. A Itália será cotejada em termos de passado e presente, destacando-se as idéias doutrinárias de certos autores, dentre os quais, Mauro Cappelletti. Mais oito países - Alemanha, Portugal, Canadá, França, Espanha, Austrália, Argentina, Israel e China -, além de duas experiências comunitárias, serão objeto de investigação. A falta de aprofundamento ou de abrangência nos estudos comparados é defeito que se procura evitar. Esta segunda parte se somará à anterior como manancial de informações e possibilidades, que servirão de lastro para a etapa seguinte.

Na terceira parte, o direito brasileiro será enfocado a partir da evolução histórica das ações coletivas. Em seguida, passa-se a enfrentar questões jurídicas fundamentais concernentes à tutela metaindividual. As definições e distinções relacionadas aos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos representam a base necessária para que se possa navegar ao redor dos demais institutos. A fixação da competência para as ações coletivas envolve

interessantes discussões relacionadas à interpretação constitucional, aos critérios de determinação e aos danos ocorridos a nível regional ou nacional. Prosseguindo, serão analisados a natureza da legitimação na proteção jurisdicional coletiva, os sistemas existentes, os limites das atribuições do Ministério Público e das associações, bem como a perspectiva de legitimação para os indivíduos. Por fim, estudar-se-ão os principais problemas referentes à litispendência e à coisa julgada.

Ressalte-se que a sistematização e as conclusões pertinentes ao direito comparado e nacional serão apresentadas em capítulos específicos, dispostos ao final das respectivas partes, contendo as principais teses relacionadas ao tema das ações coletivas.

PARTE I - UMA TENTATIVA DE DEFINIÇÃO PARA AS AÇÕES COLETIVAS E O PAPEL DA TUTELA COLETIVA

Capítulo 1 – Uma tentativa de definição para as ações coletivas

O desenvolvimento de uma tese sobre as ações coletivas pressupõe que se tente, inicialmente, formular uma definição em torno do instituto. A ação, sob o ponto de vista do estudo da teoria geral do processo, representa o direito que as pessoas têm de exigir do Estado a prestação jurisdicional. A utilização do termo ação, entretanto, também está associada ao tipo de demanda formulada, razão pela qual se fala em ações de conhecimento, de execução e cautelares, em termos de classificação das ações, cabendo, ainda, segundo alguns doutrinadores¹, acrescentar a modalidade de ação mandamental. De modo mais específico, a palavra ação é empregada à veiculação de determinados procedimentos, como, por exemplo, na ação civil pública, ação popular, ação possessória etc.

Como ação coletiva, é utilizada em contraposição às ações individuais, mas com um sentido peculiar, que pode ser encontrado a partir da existência de uma pluralidade de pessoas, que são as titulares dos interesses ou direitos em litígio, substituídas, no processo, pela parte dita ideológica. O fenômeno está inserido na chamada legitimação extraordinária autônoma² e não deve ser confundido com a simples representação, pois, nesta última, o próprio

¹ Como, *e. g.*, Pontes de Miranda.

² Vide José Carlos Barbosa Moreira, *Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária*.

alegado titular do direito material é parte no processo, ensejando, assim, legitimação ordinária.

A existência de várias pessoas integrando a relação processual, ainda que em número elevado, não qualifica o caráter coletivo da ação. O fenômeno, conhecido como litisconsórcio, seja ativo, passivo ou misto, é típico do processo individual, na medida em que significa a mera cumulação de demandas singulares. Diante de fatos com repercussão sobre grupos pequenos, o litisconsórcio pode, por certo, representar um meio viável e econômico para a resolução da lide. Mas, diante da massificação moderna, na qual os conflitos e as questões jurídicas e fáticas envolvem milhares ou milhões de pessoas, clara é a incapacidade do fenômeno litisconsorcial para a efetivação da prestação jurisdicional no âmbito coletivo. Não por outra razão, dispõe a lei³, até mesmo de modo expresso, que o juiz pode limitar o litisconsórcio facultativo, pois o número excessivo de litigantes pode comprometer o bom andamento do processo e a rápida solução do litígio.

Na legitimação extraordinária, contudo, a definição clássica afirma que o substituto processual figura no processo, em nome próprio, para defender direito alheio. No caso da ação coletiva, haverá substituição processual, na medida em que a pretensão deduzida esteja vinculada a uma coletividade, categoria, classe ou grupo, bem como a indivíduos, não pertencendo ao substituto, com exclusividade, o bem tutelado. Conseqüentemente, a parte substituta, composta de um ou mais litigantes, poderá pertencer à coletividade, ao grupo, à classe, à categoria ou ao conjunto de pessoas afetadas, quando

³ Parágrafo único, do art. 46, do Código de Processo Civil.

legitimado o indivíduo, como na *class action* norte-americana, ou ser pessoa diversa, não diretamente lesada, como no caso das associações ou do Ministério Público, tendo em vista a experiência brasileira⁴.

A legitimação extraordinária existente nas ações coletivas não está, em geral, subordinada à presença do legitimado ordinário, razão pela qual deve ser classificada como autônoma.

A legitimação extraordinária pode ser qualificada, ainda, como exclusiva ou concorrente, conforme seja suprimida ou não, respectivamente, a *legitimatio* daquele que seria o próprio titular da situação jurídica litigiosa. A questão não encontra, todavia, tratamento uniforme. Na Alemanha, por exemplo, as associações possuem legitimação exclusiva para a propositura das *Verbandsklagen*⁵. No Brasil, a atuação do Ministério Público ou das associações não exclui a legitimação das pessoas lesadas, quando perseguidos direitos individuais homogêneos⁶.

Por fim, a concorrência da legitimação autônoma extraordinária pode ser subdividida em primária e subsidiária. Na primeira espécie, a possibilidade do substituto atuar ou ser demandado legitimamente ocorre *ab initio*, não surgindo, por conseguinte, apenas a partir da omissão do titular da

⁴ Sobre a possibilidade de o indivíduo estar legitimado para a defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais no Brasil, veja o capítulo sobre legitimidade, na parte III.

⁵ A natureza dessa atuação não é, entretanto, pacífica, pois, como se verá abaixo, no capítulo sobre a Alemanha, há autores que defendem como sendo caso de legitimação ordinária.

⁶ Sobre a possibilidade de ajuizamento por indivíduos, diante de interesses difusos ou coletivos em sentido estrito, vide o capítulo sobre legitimidade, na parte III.

situação litigiosa. Na subsidiária, contudo, a lei prevê a atuação autônoma do substituto apenas se a pessoa ordinariamente legitimada não exercer o seu respectivo direito de ação, dentro do prazo legal assinalado. De modo geral, a legitimação extraordinária autônoma é primária, quando concorrente, no âmbito das ações coletivas. Não obstante, há hipóteses de concorrência subsidiária, como a da liquidação e execução da indenização devida, pelos substitutos processuais arrolados no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, se decorrido o prazo de um ano sem que haja a habilitação de interessados, em número compatível com a gravidade do dano⁷.

Observe-se, ainda, que o caráter coletivo pode ou não ser da essência do direito tutelado. Na primeira hipótese, a pretensão diz respeito à coletividade ou ao grupo como um todo, sendo a indivisibilidade a sua característica básica. A providência almejada não poderá ser fracionada ou concedida a título individual, reclamando, portanto, solução uniforme. É o que ocorre, por exemplo, quando se está diante de um problema de poluição sonora, provocada por um aeroporto ou uma igreja. O pedido de limitação do horário para a realização dos pousos e decolagens ou dos cultos religiosos não poderá, obviamente, ser fixado de modo diferenciado para cada morador, comportando, assim, tão-somente, decisão que atingirá a todos os interessados de maneira uniforme.

Estar-se-á, por conseguinte, em situações como as acima descritas, diante de caso em que os interesses são considerados como difusos, pois não existe, *a priori*, uma relação jurídica entre as pessoas lesadas ou entre estas e a

⁷ Art. 100, do Código de Defesa do Consumidor.

parte contrária, decorrendo a transindividualidade, apenas, de circunstância fática, ou seja, a ocupação, a título residencial ou comercial, de imóveis situados em local atingido pelo barulho proveniente dos aviões ou das celebrações ecumênicas.

A caracterização do interesse como difuso decorre, na verdade, do pedido formulado⁸, pois se este fosse divisível, como, v. g., a indenização por danos causados, a pretensão, ainda que coletivamente formulada, diria respeito a direitos individuais, que teriam a sua homogeneidade estabelecida pela causa de pedir remota, consistente em origem comum, ou seja, respectivamente, o barulho produzido pelo tráfego aéreo ou pelo culto religioso.

No caso dos direitos individuais homogêneos, não se trata, propriamente, da defesa de um direito coletivo, mas, sim, da defesa coletiva de direitos individuais⁹, o que, nem por isso, a descaracteriza como ação coletiva, dentro da concepção adotada neste trabalho e que é utilizada na doutrina, na jurisprudência e na legislação brasileira¹⁰, representando, inclusive, parcela considerável do espectro a ser protegido pela tutela coletiva. Junte-se a isso que é no âmbito dos direitos individuais homogêneos que as ações coletivas têm a maior significação sob o prisma da economia processual, na medida em que

⁸ Nesse sentido: Ada Pellegrini Grinover, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, e Nelson Nery Júnior, *O Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor*.

⁹ A lição já vinha sendo claramente desenhada, no final da década de 1970, por José Carlos Barbosa Moreira, em *A Ação Popular do Direito Brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos*, sendo, mais recentemente, objeto de trabalho específico formulado por Teori Albino Zavascki, com o título *Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos*.

¹⁰ Lei n. 8.078/90, art. 81.

podem funcionar como solução para o problema da multiplicação e pulverização de ações individuais, diante de questões comuns de fato e de direito, que podem e devem ser enfrentadas de modo conjunto e global, possibilitando, inclusive, que o órgão julgador leve em consideração todas as implicações decorrentes do julgamento.

A ação coletiva pode, portanto, ser definida, sob o prisma do direito brasileiro, como o direito apto a ser legítima e autonomamente exercido por pessoas naturais, jurídicas ou formais, conforme previsão legal, de modo extraordinário, a fim de exigir a prestação jurisdicional, com o objetivo de tutelar interesses coletivos, assim entendidos os difusos, os coletivos em sentido estrito e os individuais homogêneos.

Capítulo 2 - O papel das ações coletivas no contexto sócio-jurídico do mundo contemporâneo

O Poder Judiciário possui a função precípua de resolver as lides existentes na sociedade. Tarefa essa que, por vezes, não é a das mais fáceis, tendo em vista não apenas a complexidade das causas, mas, principalmente, nos dias de hoje, a quantidade de processos¹¹ e limitação dos recursos humanos e materiais disponíveis¹² para a pretendida tarefa judicante. O resultado é a piora da prestação jurisdicional, tanto sob o aspecto do tempo como da qualidade.

¹¹ “A simples enumeração de alguns dados é suficiente para atestar o problema no Brasil. O Supremo Tribunal Federal recebeu, no ano de 1970, 6.367 processos; em 1980, foram 9.555; dez anos depois, 18.564; no ano de 1998 o número atingiu o montante de 52.636 processos recebidos; e até o dia 30.06.99 já haviam entrado 26.187 feitos. Cabe lembrar que o STF, na essência, é a Corte Constitucional brasileira composta de apenas 11 Ministros. Órgãos semelhantes, no cenário internacional, apresentam realidade completamente diversa. A Suprema Corte Americana, em 1994, julgou 300 processos. Em Portugal, foram julgados 900. No Superior Tribunal de Justiça brasileiro, nos anos de 1989 e 1990, foram distribuídos, respectivamente, 6.103 e 14.087 processos. Em 1994, o número subiu para 38.670 e, em 1998, alcançou a quantidade de 92.107 feitos. No Tribunal Superior do Trabalho, por sua vez, foram autuados, nos anos de 1990, 1994 e 1998, pela ordem, 20.276, 65.792 e 131.413 processos. Na 1ª instância da Justiça Estadual, Federal e do Trabalho, entraram, nos anos de 1990, 1994 e 1998, ao todo, 5.117.059, 5.147.652 e 10.201.289 processos, respectivamente. Todavia, o crescimento não foi uniforme nos três ramos. Entre 1990 e 1998, o número de processos distribuídos aumentou em 56,8% na Justiça do Trabalho, 106,4% na do Estado e 206,4% na Federal”, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, *Problemas e reforma do Poder Judiciário no Brasil*.

¹² A Alemanha é considerada o país com melhor relação entre número de juízes por habitante (um para cada 4.100 habitantes, levando-se em conta a existência de uma população de 82 milhões de pessoas e 20 mil juízes, segundo Perfil da Alemanha, p. 15 e 198). Todavia, vários aspectos do Direito Processual

A perspectiva de incremento do acesso à Justiça¹³ e da existência de processos menos formalistas, mais simples, céleres e eficazes, pode-se dizer, está presente em todo o mundo, seja nas discussões relacionadas com os projetos de reforma do Poder Judiciário, como ocorreu na Argentina¹⁴ e se apresenta no Brasil¹⁵, seja nos debates acerca de modificações propostas para o Direito Processual, como v. g. na Alemanha¹⁶.

Para o pleno funcionamento do Estado Democrático de Direito, a possibilidade de solução dos conflitos mediante o devido processo legal deve ser efetiva e não apenas formal. Para tanto, devem ser equacionadas as modificações sociais, econômicas, políticas e culturais existentes.

alemão foram objeto de discussão, tendo em vista a proposta governamental de reforma do Código de Processo Civil (ZPO), convertida em lei no mês de junho de 2001. A *Zivilprozessordnung* alemã data de 1877 e tem passado por constantes atualizações e alterações.

¹³ Veja *Acesso à Justiça*, de Mauro Cappelletti; *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*, de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro; *O juiz e o acesso à Justiça*, de José Renato Nalini; e *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*, organizado por José Eduardo Faria.

¹⁴ Vide Eugênio Raúl Zaffaroni, *Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos*.

¹⁵ Nesse sentido a proposta de emenda à Constituição n. 96-A/92, em tramitação. A principal medida apresentada na proposta de reforma do Poder Judiciário brasileiro é a de criação da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, que, embora possa produzir a uniformização de julgados, não possui a capacidade de propiciar uma drástica redução do número de processos, pois, normalmente, os feitos demoram certo tempo até serem apreciados pela Corte Suprema. Assim sendo, em casos em que houvesse elevado número de ações propostas, quando fosse editada a súmula, as instâncias inferiores já teriam recebido, processado e julgado uma grande quantidade de processos, sendo o resultado, portanto, apenas paliativo em termos de redução do contingente de feitos.

¹⁶ Como constou da proposta do *Bundesministerium* para a reforma da *Zivilprozessordnung* alemã.

O Direito Processual, assim, deve estar preparado para enfrentar uma realidade, em que o contingente populacional mundial ultrapassa o patamar de cinco bilhões de pessoas, no qual a revolução industrial transforma-se em tecnológica, diminuindo as distâncias no espaço e no tempo, propiciando a massificação e globalização das relações humanas e comerciais¹⁷.

Na verdade, a necessidade de processos supra-individuais não é nova, pois há muito tempo ocorrem lesões a direitos, que atingem coletividades, grupos ou certa quantidade de indivíduos, que poderiam fazer valer os seus direitos de modo coletivo. A diferença é que, na atualidade, tanto na esfera da vida pública como privada, as relações de massa expandem-se continuamente, bem como o alcance dos problemas correlatos, fruto do crescimento da produção, dos meios de comunicação e do consumo, bem como do número de funcionários públicos e de trabalhadores, de aposentados e pensionistas, da abertura de capital das pessoas jurídicas e conseqüente aumento do número de acionistas e dos danos ambientais causados. Multiplicam-se, portanto, as lesões sofridas pelas pessoas, seja na qualidade de consumidores¹⁸, contribuintes, aposentados,

¹⁷ Vide Luiz Guilherme Marinoni, *Novas linhas do processo civil*, p. 53 e ss.

¹⁸ A perspectiva de um processo civil para o direito consumidor foi reclamada e abordada por Harald Koch, no seu livro *Verbraucherprozeßrecht: Verfahrensrechtliche Gewährleistung des Verbraucherschutzes* (Direito Processual do Consumidor: a garantia processual da proteção do consumidor). Vide, também, a oportuna observação feita pelo *National Consumer Council*, ao ser inquirido sobre novos procedimentos para demandas coletivas, que acabou sendo consignada no relatório final do Lord Woolf sobre acesso à Justiça: "*As we become an increasingly mass producing and mass consuming society, one product or service with a flaw has the potential to injure or cause other loss to more and more people. Yet our civil justice system has not adapted to mass legal actions. We still largely treat them as a collection of individual cases, with the findings in one case having only limited relevance in law to all of the others*".

servidores públicos, trabalhadores, moradores etc, decorrentes de circunstâncias de fato ou relações jurídicas comuns.

2.1. As ações coletivas e o acesso à Justiça

Os danos resultantes das lesões supramencionadas são, freqüentemente, se considerados separadamente, em termos econômicos, de pequena monta, fazendo com que, na relação custo-benefício, o ajuizamento de ações individuais seja desestimulante e, na prática, quase que inexistente, demonstrando, assim, a fragilidade e deficiências em relação ao acesso à Justiça. A eventual falta ou deficiência dos instrumentos processuais adequados para os chamados danos de “bagatela”,¹⁹ que, considerados globalmente, possuem geralmente enorme relevância social e econômica, estimula a repetição e perpetuação de práticas ilegais e lesivas. Por conseguinte, tendem a se beneficiar, ao invés de serem devidamente sancionados, os fabricantes de produtos defeituosos de reduzido valor, os entes públicos que cobram tributos indevidos ou não concedem os direitos funcionais cabíveis e os consumidores que realizam negócios abusivamente, apenas para citar alguns exemplos. De pouca ou nenhuma valia passam a ser as normas de direito material, que

¹⁹ Vide Hans-Bernd Schäfer, *Anreizwirkungen bei der Class Action und der Verbandsklage*, e Janet Cooper Alexander, *An Introduction to class action procedure in the United States*.

estabelecem direitos para os lesados, se a referida proteção não encontra, também, amparo efetivo nos meios processuais disponíveis.

Dentro da idéia custo-benefício, a questão pode ser enfrentada sob duas vertentes. Em primeiro lugar, estão os lesados que dispõem de recursos para o pagamento das despesas processuais, mas estas representariam valor aproximadamente igual ou superior ao próprio benefício pretendido. Junte-se a isso que a pretensão, sob o prisma da renda e do padrão de vida da pessoa atingida, terá um valor patrimonial irrisório, não compensando sequer a utilização de tempo e esforços, que, se quantificados, significariam montante acima da pretensão almejada. Sob prisma relativamente diverso, encontram-se as pessoas desprovidas dos meios necessários para o pagamento de custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios. Embora gozem de isenção legal no que diz respeito a essas verbas, os gastos com tempo e dinheiro, necessários para o encaminhamento do problema, seriam excessivos, na medida em que os dias e as horas são absorvidos na labuta, indispensável para a subsistência própria e/ou da família.

O desequilíbrio entre as partes pode ser, também, por outro lado, um fator decisivo para que a pessoa lesada deixe de buscar individualmente a proteção judicial ou, então, para a própria correlação de forças na relação processual. A tendência é que o causador da lesão disponha de mais recursos materiais e humanos e, portanto, em tese, se apresente mais bem preparado para o embate, provido que estará para a contratação de profissionais de qualidade e para a produção de provas que lhe sejam favoráveis. Desigualdade que se mostra ainda mais gritante, quando o lesado não dispõe de recursos próprios para custear

a sua defesa, tendo em vista as limitações materiais dos órgãos encarregados da assistência judiciária gratuita²⁰.

Com a cumulação de demandas, a situação tende a ser alterada, tendo em vista que o próprio valor patrimonial da causa, que individualmente seria mínimo, passa a ser de grande relevância, chegando, por vezes, a importâncias astronômicas, o que, *per se*, já pode ser suficiente para ensejar o interesse de bons profissionais para a causa, além de recursos necessários para a propositura e colheita de provas. As ações coletivas, se bem estruturadas, podem ser, portanto, um efetivo instrumento para o aperfeiçoamento do acesso à justiça, eliminando os entraves relacionados com os custos processuais e o desequilíbrio entre as partes. Como se verá adiante, entretanto, o potencial econômico para a atuação processual dependerá do sistema adotado, em termos de legitimação, e da estruturação local dos substitutos processuais. Assim, por exemplo, são investidas nas causas coletivas vultosas somas de dinheiro nos escritórios de advocacia norte-americanos; na Alemanha, há partidos, sindicatos²¹ e associações que dispõem de forte estrutura, inclusive econômica, para prover a contratação de profissionais e os meios de prova necessários, situação essa que não se encontra, ainda, devidamente resolvida no sistema brasileiro.

²⁰ No âmbito federal, a própria Defensoria Pública da União, embora tenha sido prevista pela Constituição de 1988 e regulamentada pela Lei Complementar n.80/94, não foi até hoje devidamente estruturada.

²¹ Só para se ter uma idéia, uma das maiores preocupações dos sindicatos alemães é com o aspecto financeiro. As entidades procuram manter, sob sigilo absoluto, vultosas economias, pois as mesmas representam poder de pressão nas negociações, tendo em vista que os sindicatos preparam-se para custear os salários da categoria, durante a greve. Assim sendo, quanto mais dinheiro em caixa, por mais tempo poderá ser mantida a greve, o que, por conseguinte, irá influenciar no poder de barganha e na fixação do acordo.

O processo coletivo pode servir, igualmente, para garantir a importância política de determinadas causas, relacionadas, dentre outras, com os direitos civis, minorias e meio ambiente. Foi o que ocorreu, por exemplo, nas *class actions*, ajuizadas nos Estados Unidos, visando ao pagamento de indenizações para os judeus que realizaram trabalhos forçados durante o regime nazista ou nas que visaram à invalidação de regras discriminatórias contra negros.

Por fim, o problema da falta de formação e informação jurídica ainda representa sério entrave para o acesso à Justiça²². O processo coletivo pode, no entanto, superar ou atenuar o problema, na medida em que o direito das pessoas menos esclarecidas juridicamente não ficará relegado ao abandono, porque poderá ser defendido por terceiro, legitimado extraordinariamente para a tutela transindividual. Para tanto, como se verá especificamente no momento oportuno²³, a definição do sistema de vinculação dos interessados ao processo coletivo é de grande importância. Em termos de direitos individuais homogêneos, se as pessoas precisam, de alguma forma, manifestar a vontade de estar sob os efeitos da decisão coletiva, método denominado de inclusão (*opt-in*), a tendência será, por certo, a menor abrangência e alcance da tutela coletiva, pois a iniciativa dos interessados poderá continuar a esbarrar em fatores culturais, políticos, sociais e econômicos. Tratando-se, entretanto, do sistema de exclusão (*opt-out*), estarão os interessados automaticamente atrelados à decisão coletiva,

²² O tema foi especificamente abordado por Luiz Guilherme Marinoni, *Novas linhas do processo civil*, p. 32-34 e 53-54.

²³ O tema será tratado, pontualmente, ao longo da segunda parte, destinada ao Direito Comparado, e, de modo especial, por ocasião da análise da litispendência e da coisa julgada no direito nacional.

se não houver a manifestação, dentro do prazo legalmente fixado ou assinado pelo juiz, da vontade de serem excluídos do processo supra-individual. A iniciativa quanto à propositura da ação, bem como da eventual necessidade de comunicação aos lesados, informando sobre o litígio, proposta de acordo etc, ficarão sob a responsabilidade do demandante coletivo, também chamado de autor ideológico ou parte representativa.

2.2. As ações coletivas como medida de economia judicial e processual

O Direito Processual é um direito eminentemente instrumental e, como tal, serve para a realização do direito material. Conseqüentemente, o processo, como um todo, bem como os respectivos atos e procedimentos devem estar inspirados na economia processual. Esse princípio, por sua vez, precisa ser entendido de modo mais amplo, sob o ponto de vista subjetivo, como orientação geral para o legislador e para o aplicador do Direito Processual, e, objetivamente, como sede para a escolha das opções mais céleres e menos dispendiosas para a solução das lides.

Sobre o assunto, escreveu Andréa Giussani²⁴ que “*La maggioranza della più recente dottrina statunitense converge nell’individuare una delle finalità primarie delle class actions nella realizzazione di obiettivi di economia*

²⁴ *Studi sulle “class actions”*, p. 195 e ss.

processuale. In proposito si deve mettere in evidenza che il principio di pragmatici fondamentali della disciplina positiva del processo civile nordamericano, almeno presso le corti federali: si è trattato infatti di uno dei principali elementi ispiratori della riforma del 1938, e in tale occasione è stato recepito dalla Rule 1 delle Federal Rules of Civil Procedure. (...) Va sottolineato immediatamente che si tratta di una finalità intensa in modo affatto conforme alla prevalenza degli obiettivi di risoluzione dei conflitti. L'economia processuale, secondo la concezione prevalente negli Stati Uniti, consiste infatti nel risolvere la liti al minor costo possibile”.

A questão²⁵ não deixa de ser, também, lógica, pois, *a priori*, os conflitos eminentemente singulares devem ser resolvidos individualmente, enquanto que os litígios de natureza essencial ou acidentalmente coletiva precisam contar com a possibilidade de solução metaindividual. A inexistência ou o funcionamento deficiente do processo coletivo dentro do ordenamento jurídico, nos dias de hoje, dá causa à multiplicação desnecessária do número de ações distribuídas, agravando ainda mais a sobrecarga do Poder Judiciário. Na verdade, são lides que guardam enorme semelhança, pois decorrem de questão comum de fato ou de direito, passando a ser decididas de modo mecânico pelos juízes, através do que se convencionou chamar de sentenças padrões ou repetitivas, vulgarizando-se a nobre função de julgar. É o que vem ocorrendo, *verbi gratia*, na Justiça Federal brasileira. Nas circunscrições do Rio de Janeiro e de Niterói²⁶, por exemplo, as sentenças padrões representaram, no cômputo do

²⁵ Como será visto na seção seguinte.

²⁶ Segundo boletim estatístico fornecido pelo Setor de Organização e Informática da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro.

total de sentenças cíveis de mérito dos últimos quatro anos e sete meses, respectivamente, 62,5% e 73%. A atividade judicial descaracteriza-se, com essa prática, por completo, passando a ser exercida e vista como mera repetição burocrática, desprovida de significado e importância.

Com a pulverização de ações, a causa também é fracionada e acaba não sendo, de fato, decidida por nenhum dos juízes de primeiro ou de segundo grau, na medida em que a lide estará sendo apreciada, simultaneamente, por centenas ou milhares de julgadores. Conseqüentemente, apenas o pronunciamento final ou dos tribunais superiores passam a ter relevância, sob o ponto de vista da solução do conflito.

A falta de solução adequada para os conflitos coletivos, em sentido lato, é responsável, portanto, em grande parte, pelo problema crônico do número excessivo de processos em todas as instâncias, não podendo, por conseguinte, ser tratado como situação que diga respeito apenas ao Supremo Tribunal Federal ou aos tribunais superiores²⁷. Por outro lado, costuma-se enfatizar, diante do problema, a necessidade de mais juízes. Não obstante a carência de julgadores ser realidade que demande solução, a comparação do número de processos com o de juízes não deve ser analisada apenas sob o prisma deste último. O aumento do

²⁷ Como se pode ver, por exemplo, nas principais propostas relacionadas com a reforma do Poder Judiciário, em que a solução para o acúmulo de processos cingiu-se ao debate sobre a introdução da súmula vinculante, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, cuja extensão é pretendida, também, pelo Superior Tribunal de Justiça. O presente trabalho não pretende discutir o papel ou utilidade da súmula vinculante, mas, tão-somente, consignar que, se a mesma poderá ser útil sob aspectos diversos, não o será, entretanto, como solução para o assobramento do Poder Judiciário como um todo e, principalmente, para as instâncias inferiores.

número de juízes pode e deve ser acompanhado da diminuição do número de processos, mediante o aperfeiçoamento do sistema das ações coletivas, como pretende demonstrar o presente trabalho. Junte-se a isso que a confrontação numérica entre países não vem, por vezes, sendo feita com o rigor científico recomendado pelo Direito Comparado, pois não tem sido acompanhada do estudo dos sistemas²⁸.

O aumento do número de juízes depara-se, também, com dificuldades conjunturais e locais. Sob o ponto de vista conjuntural, trabalha-se, no contexto mundial, atualmente, com a redução do tamanho do Estado, tendo em vista os problemas de déficit público e do endividamento estatal. No âmbito regional e local, por outro lado, não se pode pretender equiparar, em termos proporcionais, o número de juízes em Estados não desenvolvidos ou em desenvolvimento com o contingente existente nos países ricos. As modificações e proposições levadas a cabo nos países do chamado terceiro mundo devem ser consentâneas com as suas limitações financeiras, o que reforça, ainda mais, a importância e o papel central de um eficiente sistema processual civil coletivo, como solução para a sobrecarga do Poder Judiciário e melhoria dos serviços judiciais.

²⁸ É o que ocorre, por exemplo, nas comparações com a Alemanha, que possui, de fato, um número elevado de juízes (exatos 20.999 no dia 31 de dezembro de 1999), mas que, também, esse fato ocorre porque os *Landgerichte*, que exercem ora a função de primeiro grau de jurisdição, ora a de revisor dos pronunciamentos dos *Amtsgerichte*, são órgãos colegiados, fazendo com que haja o incremento do número de juízes em proporção não coincidente com a de órgãos julgadores. Sob o argumento de que os julgamentos realizados por juízes singulares são mais céleres, mas, também, com o objetivo de economizar, pretende-se, com a reforma em curso, o fortalecimento dos *Amtsgerichte*, que são juízos singulares.

A perspectiva de soluções não dispendiosas, no entanto, se faz presente mesmo nos países mais desenvolvidos e ricos, como ressalta Giussani: “*La rilevanza applicativa del principio di economia processuale ha però compiuto un vero e proprio ‘salto di qualità’ a partire degli anni ’60, allorché nella cultura giuridica nordamericana si è ravvisata la necessità di rispondere a una tendenza all’‘esplosione’ del contenzioso civile*”²⁹. De fato, a explosão do contencioso civil deixou de ser uma tendência, para se consubstanciar em realidade mundial, embora com peculiaridades nacionais. No Brasil e nos países da América Latina, o incremento do número de ações ajuizadas passou a ser extremamente significativo a partir do final da década de 80, com a democratização dos regimes políticos e o fortalecimento dos órgãos judiciários. No âmbito global, o aumento do número de processos judiciais cíveis pode ser considerado como resultado da chamada onda renovatória do acesso à Justiça³⁰, tendo em vista que várias medidas foram adotadas para facilitar o exercício do direito de ação, removendo ou atenuando várias barreiras existentes.

Diante da explosão de litígios, outras soluções foram ensaiadas ou incrementadas. Algumas de cunho restritivo, no âmbito material ou processual, com o não reconhecimento de novos direitos ou a limitação do direito de ação, como formulado pela teoria norte-americana da *judicial restraint*³¹. Ou, então, buscando-se a criação e/ou fortalecimento de mecanismos extrajudiciais ou não contenciosos para a resolução dos conflitos, como v. g. a arbitragem e a conciliação.

²⁹ Andrea Giussani, *Studi sulle “class actions”*, p. 197.

³⁰ Mauro Cappelletti, *Acesso à justiça*.

³¹ Andrea Giussani, *Studi sulle “class actions”*, p. 199.

Mas, como assinalado por Giussani, a “*judicial economy*, per converso, indipendentemente dal sistema giurisdizionale in cui venga adottata come finalità, si traduce in un’ampliamento della capacità del sistema di risolvere conflitti a parità di ricorse disponibili, e può addirittura favorire l’attuazione del diritto sostanziale promovendo l’eguaglianza delle opportunità di risorse finanziarie tra le parti (sebbene non la elimini del tutto ed in alcune ipotesi, come si vedrà fra breve, l’accentui). L’economia processuale, infatti, può giustificare la compressione delle garanzie processuali individuali anche in un ordinamento non particolarmente interessato all’attuazione del diritto sostanziale in senso stretto: per insistere sulla ormai consueta metafora, essa può ridurre il potere delle parti di giocare quelle carte che limitino la possibilità degli altri consociati di giocare a loro volta (compatibilmente, come si è osservato, con il rispetto delle garanzie costituzionali e con l’esigenza di non sopprimere surrettiziamente i loro diritti soggettivi sostanziali)”³².

2.3. As decisões contraditórias proferidas em processos individuais e as ações coletivas: o princípio da igualdade diante da lei e a (falta de) segurança jurídica

Com a multiplicação de ações individuais, que tramitam perante diversos órgãos judiciais, por vezes espalhados por todo o território nacional, e

³² Andrea Giussani, *Studi sulle “class actions”*, p. 200.

diante da ausência, nos países da *civil law*, do sistema vinculativo de precedentes (*stare decisis*), os juízes chegam, com frequência, a conclusões e decisões variadas e até mesmo antagônicas. Não raramente essas decisões de variado teor acabam por transitar em julgado, diante da não interposição tempestiva de recurso cabível ou pelo não conhecimento deste em razão de outra causa de inadmissibilidade.

Por conseguinte, pessoas em situações fáticas absolutamente idênticas, sob o ponto de vista do direito material, recebem tratamento diferenciado diante da lei, decorrente tão-somente da relação processual. O Direito Processual passa a ter, assim, caráter determinante e não apenas instrumental. E, sob o prisma do direito substancial, a desigualdade diante da lei torna-se fato rotineiro e não apenas esporádico, consubstanciando, portanto, ameaça ao princípio da isonomia.

A miscelânea de pronunciamentos, liminares e definitivos, diferenciados e antagônicos, do Poder Judiciário passa a ser fonte de descrédito para a própria função judicante, ensejando enorme insegurança jurídica. para a sociedade. Conseqüentemente, quando ocorre tal anomalia, a função jurisdicional deixa de cumprir a sua missão de pacificar as relações sociais.

As ações coletivas podem, entretanto, cumprir um grande papel, no sentido de eliminar as disfunções supramencionadas, na medida em que concentra a resolução das lides no processo coletivo, eliminando ou reduzindo drasticamente a possibilidade de soluções singulares e contraditórias.

2.4. As ações coletivas como instrumento para o equilíbrio das partes no processo

Embora haja formalmente a igualdade das partes no processo, no plano material e prático acabam os litigantes, por vezes, dispondo de gritante diferença se comparados os meios disponíveis para o embate judicial. É o que ocorre com frequência nas causas potencialmente coletivas, quando consumidores, aposentados, funcionários públicos, contribuintes e moradores, dentre outros, isoladamente, encontram-se em posição de fraqueza diante do porte de adversários como grandes comerciantes ou produtores, de empreendedores imobiliários ou do próprio Estado.

Na verdade, a parte contrária aos interesses coletivos possui sempre a dimensão global dos atos por ela praticados, tendo, portanto, uma idéia exata do alcance de outras eventuais ações ajuizadas, bem como das possibilidades das perdas delas decorrentes.

A possibilidade dos interesses e direitos lesados serem defendidos concomitantemente faz com que a correlação de forças entre os litigantes seja redimensionada em benefício da parte individualmente fraca, mas razoavelmente forte quando agrupada, levando por terra, assim, a política maquiavélica da divisão para reinar.

PARTE II - AS AÇÕES COLETIVAS NO DIREITO COMPARADO

O desenvolvimento do Direito Processual Coletivo encontra três marcos históricos, que podem ser considerados como fundamentais no cenário internacional: o surgimento de ações coletivas na Inglaterra, as *class actions* norte-americanas e a doutrina italiana. Mais recentemente, novas e interessantes experiências foram e estão sendo vividas em países como Canadá, Austrália, Portugal, Israel, Espanha e Argentina, dentro de uma perspectiva na qual o Brasil vem ocupando papel de relevante destaque.

Nas linhas seguintes, procurar-se-á fazer um pequeno resumo das ações coletivas no contexto mundial, retratando os mecanismos atualmente existentes e passando, também, dentro do possível, pelos fatos históricos mais marcantes para o florescimento e expansão das demandas transindividuais.

Há que se registrar que o assunto começa a receber, também, o tratamento comunitário e não apenas nacional. Nesse sentido, deve ser ressaltada a atuação da União Européia, principalmente mediante a utilização das diretrizes comunitárias, procedimento que prevê a incorporação de medidas, dentro de determinado prazo fixado, nos respectivos ordenamentos nacionais. Nas diretrizes tem sido constante a preocupação com o acesso à justiça, não se limitando, portanto, à regulação do direito material.

Metodologicamente, far-se-á, no presente trabalho, o estudo das normas incorporadas aos ordenamentos nacionais, por força de diretriz comunitária, no capítulo do respectivo país, quando os novos dispositivos representarem, de fato, alteração significativa no quadro das ações coletivas do Estado.

Deixar-se-á, portanto, o estudo e a visão geral das diretrizes pertinentes às ações coletivas, principalmente daquelas relacionadas à proteção dos consumidores, no âmbito da União Européia, para um capítulo específico, que estará disposto no final da parte II, tratando, assim, das disposições comuns à Comunidade Européia, encerrando a análise do direito comparado.

Capítulo 3 - Inglaterra

3.1. Evolução histórica:

A Inglaterra é apontada como o berço dos litígios coletivos. Stephen Yeazell³³ separa a história do desenvolvimento anglo-americano dos litígios de grupo em três períodos: medieval (do século XII ao XV), primitivo-moderno (séculos XVI e XVII) e moderno (do século XVIII em diante).

Na época medieval, três acontecimentos podem ser indicados como a origem mais remota das demandas coletivas.

O primeiro caso teria ocorrido em torno do ano de 1199³⁴, quando, perante a Corte Eclesiástica de Canterbury, o pároco Martin, de Barkway, ajuizou ação, versando sobre o direito a certas oferendas e serviços diários, em face dos paroquianos de Nuthamstead, uma povoação de Hertfordshire, assim

³³ *From medieval group litigation to the modern class action.*

³⁴ Edward Peters, no entanto, aponta, em revisão crítica da obra de Yeazell, publicada na revista *The American Journal of Legal History*, vol. XXXIV, 1990, p. 429, *apud* Márcio Flavio Mafrá Leal, *Ações Coletivas: História, Teoria e Prática*, p. 21, que, no ano de 1179, em Paris, os aldeões da vila de Rosnysous-Bois teriam reivindicado o fim da condição de servos, em face do abade e dos clérigos de Santa Genoveva. O processo teria terminado em 1246, quando lograram, mediante pagamento e sob a condição de não formarem uma “comuna”, obter a liberdade.

considerados como um grupo, chamando, no entanto, a juízo apenas algumas pessoas, para, aparentemente, responder por todos.

No século XIII, três aldeões provocaram a prestação jurisdicional, em benefício deles próprios e de toda a comunidade do povoado de Helpingham, em face da comunidade da cidade de Donington, bem como da de Bykere, para que os demandados tivessem que assistir aos moradores de Helpingham na reparação local dos diques. Note-se que, tanto no lado ativo como passivo da relação processual, não figuraram, como parte, por um lado, pessoas jurídicas, como a municipalidade, ou, por outro, os moradores, individualmente considerados, das localidades supramencionadas. Assim sendo, estavam presentes, como parte, apenas alguns moradores, defendendo, no entanto, os interesses de toda a comunidade, enquanto grupo e não como indivíduos.

O terceiro caso ocorreu nos tempos *p+1Xd II (1307-26), quando Emery Gegge e Robert Wawayn ajuizaram ação, em benefício deles e de todo o resto dos pobres e médios burgueses (*middling and poor burgesses*) de Scarborough e em detrimento de Roger Cross, John Hugh's son, Warin Draper e os demais ricos burgueses da cidade.

As ações de grupo tornaram-se freqüentes nos séculos XIV e XV, especialmente nos povoados (*villages*) e paróquias (*parishes*), refletindo, por certo, a estrutura e organização social daquela época, em que as instituições intermediárias, como a família, as vilas, a Igreja, concentravam importância econômica e política, formando a base do sistema de produção. A defesa dessas células sociais no processo, pelos seus respectivos líderes, foi se desenvolvendo e multiplicando naturalmente.

Os fragmentários registros³⁵ sobre os casos supramencionados sugerem a então preocupação judicial com o mérito das causas, ou seja, em decidir quem possuía direito aos dízimos de Nuthamstead ou se os ricos burgueses estavam a explorar os outros cidadãos. Mas, por outro lado, não se encontra, até o século XV, qualquer debate em torno da legitimação de alguns para defender o direito das coletividades envolvidas, dos efeitos da coisa julgada ou de outras questões processuais. A aceitação espontânea da respectiva representação ou legitimação extraordinária, durante a Idade Medieval, é a característica constante e básica desse período. As ações de grupo não eram objeto de discussão, justificação ou teorização, razão pela qual se pode dizer que o emprego e admissibilidade das mesmas eram realizados de modo inconsciente.

Registre-se, ainda, que o papel do costume no direito inglês, no período medieval, era ainda mais acentuado e fundamental para o sistema jurídico. Portanto, a possibilidade de um povoado ter os seus interesses defendidos por três ou quatro pessoas, independentemente da existência de procurações ou autorizações específicas para tanto, era vista como permitida pelo direito e costumes da época, na medida em que passou a representar uma prática constante e reiterada. A idéia incutida era a de que certo número de homens distintos e dotados de prudência (*de ditioribus et discretioribus*) poderiam responder pelos interesses da comunidade, seja quando esta demandasse em uma das Cortes do Rei, seja quando figurasse no pólo passivo.

A *Court of Star Chamber* cumpriu, durante cerca de duzentos e cinquenta anos, até a sua extinção definitiva em 1640, por Carlos I, em virtude do

³⁵ Segundo Stephen Yeazell, *From medieval group litigation to the modern class action*, p. 38/39.

Habeas Corpus Act, um importante papel diante de litígios coletivos, principalmente quando relacionados com os senhores feudais (*manors*). A Corte era composta de lordes religiosos e leigos, que exerciam principalmente a atividade de conciliadores, e de dois juízes das *Courts of Common Law*, sem a intervenção de qualquer júri, mas, no período derradeiro, foi se tornando cada vez mais uma corte voltada para a matéria criminal.

A partir do século XV, as ações de grupo começam a trilhar o caminho de transição da *common law* e da *manorial law* para a *equity*. Esse processo iniciou-se com a proteção dada pelo *Chancellor* aos enfiteutas (*copyholders*), cujos direitos anteriormente dependiam exclusivamente dos senhores feudais, na medida em que não eram protegidos pelo direito costumeiro. O *Chancellor* autorizou, no caso, a extensão da competência da *Court of Chancery*, que, até então, julgava apenas os processos que haviam sido levados, na aplicação da *common law*, a resultados tidos como insatisfatórios para os litígios relacionados com a enfiteuse e que, muitas vezes, envolviam vários enfiteutas.

Nos séculos XVI e XVII, o número de feitos envolvendo grupos desprovidos de personalidade jurídica começa a diminuir. A defesa dos interesses coletivos realizada, no processo, por alguns, passa a não ser tão freqüente e comum, refletindo, *pari e passu*, as modificações sociais. As ações de grupo ficam, na prática, confinadas à área rural. Por conseguinte, torna-se um procedimento especial, concedido através do *bill of peace*, e, nas proximidades do final do século XVII, começam a surgir os questionamentos em relação às ações de grupo, principalmente quanto à legitimação.

As dúvidas lançadas sobre as ações de grupo espelhavam, também, as novas idéias, surgidas, principalmente, a partir da Reforma, do Renascimento e do Humanismo, bem como do crescimento da burguesia urbana e do individualismo. Florescem, assim, as primeiras objeções e, conseqüentemente, teorias relacionadas com os litígios coletivos.

O brotar do debate ensinou, para alguns historiadores³⁶, a falsa compreensão de que apenas no século XVII estivessem surgindo os primitivos casos de litígio coletivo, quando, na realidade, as ações de grupo estavam, quase quinhentos anos depois, apenas mais evidentes, tendo em vista as reservas e defesas que foram respectivamente lançadas sobre si.

O caráter excepcional das *group litigations*, bem como os aspectos relacionados com o direito material sobre o qual versavam³⁷, ensinaram, durante a modernidade, a concentração desse tipo de causa no Tribunal de Eqüidade. Assim, as ações de grupo, que eram apreciadas por várias cortes, passaram a ser julgadas apenas pela *Court of Chancery*. É o que aconteceu em *How v. Tenants of Bromsgrove*, primeiro caso mencionado por Chafee nos seus ensaios³⁸. Na espécie, o Lorde How, senhor de Bromsgrove, ajuizou uma ação, perante o Tribunal de Eqüidade, em face dos *tenants* (arrendatários) da sua propriedade, pretendendo o reconhecimento de certo privilégio na realização da caça de animais pequenos (*the exclusive right to kill small game*), como coelhos, em determinadas regiões. Os *tenants*, por sua vez, não apenas contestavam a

³⁶ Como Zechariah Chafee. Nesse sentido, Stephen C. Yeazell, *From medieval group litigation to the modern class action*, p. 132.

³⁷ Na espécie, pedidos que não encontravam base no direito costumeiro, mas tão-somente na eqüidade.

³⁸ Stephen C. Yeazell, *From medieval group litigation to the modern class action*, p. 133.

existência do privilégio, mas levantavam que, ainda que provado, o seu exercício ensejaria área comum insuficiente para os arrendatários, devendo, portanto, ser rejeitada a pretensão do autor. O litígio, em si, não representa qualquer inovação ou modificação em relação aos conflitos da época medieval, salvo o fato de estar sendo julgado pelo Tribunal de Eqüidade e não por uma corte local.

No período medieval, era comum a seleção de algumas pessoas, que seriam demandadas em nome do grupo (*on behalf of the group*), na medida em que esta legitimação ou representação era normalmente aceita e efetivada sem problemas. No segundo caso mencionado por Chafee, *Brown v. Vermuden*, a ação foi proposta em face de todo o grupo, não se fazendo, entretanto, qualquer menção, na petição inicial, em relação aos representantes da coletividade. O processo foi instaurado pelo antecessor do Reverendo Brown, Carrier, visando ao reconhecimento do direito ao dízimo sobre a exploração das minas, ramo sobre o qual, ao contrário do que ocorria na agricultura, o incidente processual não era admitido pela *common law*. A escolha dos representantes foi, por conseguinte, feita pelo próprio grupo, vigorando, desde então, essa nova prática³⁹.

Os litígios de grupo do século XVII são característicos, também, sob o ponto de vista da tutela pretendida. Começam a predominar, assim, de

³⁹ Pugnando pela manutenção do regime anterior, aplicável até o início do século XVII, o Lorde Nottingham, considerado o pai da eqüidade moderna, defendeu, no seu Manual, a edição de norma expressa relacionada com a possibilidade de três pessoas poderem ter autoridade para falar em nome do grupo: “*A Bill to settle the customs of a manor wherein a multitude of tenants are concerned may be exhibited by any three in the name of the rest, so as they produce before the Register a sufficient authority to enable them to sue in the name of the rest, and so as they be responsible for the costs*”, Stephen C. Yeazell, *From medieval group litigation to the modern class action*, p. 146.

modo exclusivo, as ações declaratórias (*declaratory*) e mandamentais (*mandatory*), ao argumento de que estas possuíam caráter preventivo, o que seria de grande valia, sob a ótica processual, porque a resolução imediata do conflito, em torno da existência da obrigação, impediria o desdobramento da lide, evitando-se, conseqüentemente, o ajuizamento de demandas indenizatórias e, em geral, de pretensões condenatórias para o pagamento de quantias certas.

Ressalte-se, ainda, que, durante o século XVII, o desenvolvimento do *bill of peace*, como possibilidade de demanda coletiva, estava condicionado à existência de interesses comuns (*shared interests*), envolvendo um número elevado de pessoas, que ficariam vinculadas aos efeitos da coisa julgada. A presença dos interesses comuns substituíu, assim, a base sobre a qual as ações de grupo haviam se pautado durante a fase medieval e a primeira etapa da moderna, em que o denominador comum era apenas a existência de um agrupamento coeso. A exigência do interesse comum, no entanto, só aos poucos foi se mostrando mais rigorosa, coincidindo, na verdade, o incremento da severidade com outros fatores históricos, como, por exemplo, o fortalecimento do individualismo e o surgimento das pessoas jurídicas⁴⁰.

O período compreendido entre os anos de 1700 e 1850 marca, em seguida, o declínio dos litígios de grupo na Inglaterra, na medida em que a interpretação em torno da existência do interesse comum assumia feição cada vez mais severa e que a expressão dos grupos se formalizava através das corporações. Ainda assim, as *representative actions* foram formalmente previstas na Regra 10

das *Rules of Procedure*, por ocasião da unificação das jurisdições de equidade e da *common law*, com a edição, durante os anos de 1873 a 1875, dos *Supreme Court of Judicature Acts*. Mas, todavia, em razão dos fatores supramencionados, o final do século XIX e o início do século XX marcaram, praticamente, o desaparecimento das ações coletivas na Inglaterra por longo período. Para tanto, dois casos ocorridos no início do século passado, delimitaram o entendimento dos tribunais ingleses em relação às *representative actions*. No primeiro, *Duke of Bedford v. Ellis*, em 1901, um grupo de feirantes ajuizou uma ação em nome próprio e de outros feirantes, vindicando o direito de preferência na ocupação de espaços em determinado mercado público, não sendo, entretanto, reconhecido, na espécie, que todos os membros da classe compartilhavam de um interesse comum⁴¹. No segundo, *Mark & Co. Ltd. V. Knight Steamship Co. Ltd.*, ocorrido em 1910 e muito mencionado na doutrina e na jurisprudência, dois comerciantes damandaram uma transportadora, em razão de carga perdida no mar, pleiteando o pagamento de indenização para todos os mercadores atingidos. Duas restrições centrais foram lançadas como obstáculo para a viabilidade da demanda coletiva: o pedido de indenização, concebido como direito essencialmente pessoal e que exigia a atividade probatória particularizada, e a falta do interesse comum⁴².

⁴⁰ Ressalte-se, em particular, o incremento das *friendly societies* e das *joint-stock companies* (sociedades anônimas), que foram surgindo e se incorporando ao mundo jurídico, na medida em que proliferavam e se fortaleciam.

⁴¹ “Lord Macnaghten annouced the oft-repeated rule that a representative suit may be brought only where all members of the class share a ‘common interest’”. Taylor, John L. & Head, John W. *Representating Collective Interests in Civil Litigation: a Comparative Synopsis*. *Journal of Urban Law*, v. 58, 1981, p. 597, *apud* Márcio Flávio Magra Leal, *Ações Coletivas: História, Teoria e Prática*, p. 141.

⁴² “‘Markt’ was interpreted as imposing two main restrictions on the availability of the representative action. First, it could not be utilised when relief claimed was damages, since damages were personal, requiring separate proof, and not to a clas as a whole. Secondly, outside the narrow categories of cases

3.2. O ressurgimento das ações coletivas, o relatório Woolf e o novo código de processo civil para a Inglaterra e País de Gales

A jurisprudência da Comunidade Britânica não se manteve, entretanto, insensível aos novos ventos do final do século XX. Em 1976, *Cobbold*, em nome dos assinantes da revista *Time*, ajuizou ação, em face da *TIME Canada Ltd.*, tendo sido admitido o processamento coletivo, em razão da afinidade de questões, embora a responsabilidade contratual fosse juridicamente individual.

Em 1979, o caso *Prudential Assurance Co., Ltd. V. Newman Industries, Ltd.*, deve ser assinalado como um importante precedente, na medida em que marcou um novo tratamento, com a repartição do processo em duas etapas: na primeira, de natureza declaratória, se procurou estabelecer a existência ou não da obrigação de indenizar; enquanto, na segunda, os indivíduos buscavam estabelecer a condenação específica, de acordo com os seus respectivos direitos.

where representative actions had traditionally been permitted (such as a derivative action by shareholders, or a dispute about common property, or a common fund, by the creditors of a defendant), a representative action will usually be inapplicable in cases involving separate and individual contracts between claimants and defendant, largely because of the court's readiness to assume, without evidence, the likelihood of separate defenses being advanced if each claim were to be prosecuted individually", Kell, *apud* Márcio Flávio Magra Leal, *Ações Coletivas: História, Teoria e Prática*, p. 141.

O procedimento pode ser apresentado como a origem de uma sistemática, que seria adotada praticamente vinte anos depois, com a implantação do código de processo civil, na Inglaterra e no País de Gales, com a possibilidade de serem apenas algumas questões, de fato ou de direito, processadas coletivamente⁴³. O rito bipartido, em fase coletiva e individual, não foi, entretanto, sempre adotado, sendo desprezado em determinados casos, como, por exemplo, em 1981, em *EMI Records Ltd. V. Riley*, não obstante o caráter também indenizatório, mas que carecia de maiores especificidades e que, portanto, permitiu a avaliação uniforme e global dos danos sofridos⁴⁴.

As *representative actions* estavam, na verdade, desde 1965, previstas em duas regras do Regimento revisado da Suprema Corte⁴⁵. As normas contidas na *Order 5, Rules 12 e 13*, das R. S. C. (*Rules of the Supreme Court, Statutory Instrument 1965/1776*), eram, por sua vez, praticamente reproduzidas na *Order 5, Rules 5 e 6*, das *County Court Rules*⁴⁶.

Segundo a regra 12, quando uma quantidade numerosa de pessoas possuísse o mesmo interesse, em qualquer procedimento, o processo poderia ser iniciado e prosseguir, se a corte de outra maneira não determinasse, pela

⁴³ Como se verá abaixo. A possibilidade encontra-se prevista no *Código de Defesa do Consumidor* brasileiro, nos termos do artigo 95 e seguintes.

⁴⁴ Nesse sentido, Márcio Flávio Magra Leal, *Ações Coletivas: História, Teoria e Prática*, p. 142.

⁴⁵ As *Rules of the Supreme Court* foram revisadas em 1965. Anteriormente, a matéria era regida na *Order 16, Rule 9*, das R. S. C., com a seguinte redação: “Where there are numerous persons having the same interest in one cause or matter, one or more of such persons may sue or be sued, or may be authorised by the Court or a judge to defend in such cause or matter, on behalf or for the benefit of all persons so interested”.

⁴⁶ Reinhard Ellger, *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im englischen Zivilprozeß*, p. 107.

iniciativa ou em face de apenas um ou alguns dos interessados, que estariam “representando” os demais⁴⁷. O primeiro pressuposto seria a numerosidade, conceito este, na espécie, juridicamente indeterminado, na medida em que a norma não estabeleceu a delimitação precisa do padrão quantitativo⁴⁸. Por outro lado, os legitimados estariam, *a priori*, defendendo, concomitantemente, direitos próprios e alheios, caracterizando-se situação em que a legitimação extraordinária, denominada de representação pelos ingleses, mas que com esta não se confunde⁴⁹, se colocaria ao lado da ordinária, diferenciando-se, portanto, das hipóteses tradicionais de classificação e demandando, por conseguinte, até mesmo, uma nova repartição das espécies, como se tentará estabelecer, oportunamente, neste trabalho. A questão central, todavia, continuava a ser a identidade de interesse (*same interest*).

⁴⁷ Order 5, Rule 12 (1) R. S. C.: “Where numerous persons have the same interest in any proceedings, not being such proceedings as mentioned in rule 13, the proceedings may be begun, and, unless the Court otherwise orders, continued, by or against one or more of them as representing all or as representing all except one or more of them.”

⁴⁸ Na jurisprudência, há referência, segundo Reinhard Ellger, *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im englischen Zivilprozeß*, a um antigo julgado, *Braybook*, proferido em 1916, firmando entendimento no sentido de que o número de cinco pessoas seria muito reduzido. O problema permanece, ainda hoje, com as novas regras, como se verá adiante. Todavia, o relatório Woolf defendia, como parâmetro que deveria nortear as cortes, sem estar, contudo, positivado, a quantidade de dez interessados.

⁴⁹ Como bem lembrado por Reinhard Ellger, *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im englischen Zivilprozeß*: “Der Stellvertreterklage liegt keine rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung durch die Vertretenen zugrunde; die Parteien des Verfahrens, die in der Regel für sich selbst und die Repräsentierten klagen oder verklagt werden, handeln nicht als Bevollmächtigte der Vertretenen, sondern aufgrund eigenen Entschlusses²². Will eine Partei auch für andere Klage erheben, so ist sie aber auch nicht daran gehindert, sich vorher des Einverständnisses der Repräsentierten zu versichern. Die Vertretenen erhalten nicht die Stellung einer Prozeßpartei. Sie bekommen auch keine Information über das Verfahren durch Zustellung entsprechender Schriftstücke oder öffentliche Bekanntmachung”.

A *Order 15, Rule 13*⁵⁰, das *Rules of the Supreme Court*, previa, por sua vez, em circunstâncias limitadas, que ações fossem ajuizadas por pessoas que não fossem também titulares do direito em litígio. Diferenciava-se, assim, da hipótese contida na regra 12, na medida em que estariam os processos, por um lado, circunscritos a lides relacionadas com herança, com bens sujeitos à custódia e administração por terceiros e à interpretação de documentos escritos, inclusive de leis, mas, por outro, a legitimação extraordinária não estaria restrita às pessoas que estivessem partilhando do interesse comum afetado.

⁵⁰ A redação do dispositivo, subdividido em três alíneas, é a seguinte:

“(1) In any proceedings concerning –

(a) the estate of a deceased person; or

(b) property subject to a trust, or

(c) the construction of a written instrument, including a statute,

the Court, if satisfied that it is expedient to do, and that one or more of the conditions specified in paragraph (2) are satisfied, may appoint one or more persons to represent any person (including an unborn person) or class who is or may be interested (whether presently or for any future, contingent or unascertained interest) in or affected by the proceedings.

(2) The conditions for the exercise of the power conferred by paragraph (1) are as follows:

(a) that the person, the class or some member of the class, cannot be ascertained or cannot readily be ascertained;

(b) that the person, class or some member of the class, though ascertained, cannot be found;

(c) that, though the person or the class and the members thereof can be ascertained and found, it appears to the Court expedient (regard being had to all the circumstances, including the amount at stake and the degree of difficulty of the point to be determined) to exercise the power for the purpose of saving expense.

(3) Where in any proceedings to which paragraph (1) applies, the Court exercises the power conferred by that paragraph, a judgment or order of the Court given or made when the person or persons appointed in exercise of that power are before the Court shall be binding on the person or class represented by that person or persons so appointed.”

Digna de nota, ainda, na Grã-Bretanha, é a *relator action*, na qual o Procurador-Geral (*Attorney General*), na qualidade de representante do interesse público, pode ajuizar uma espécie de ação civil pública. A peculiaridade reside, todavia, na possibilidade do Procurador exercer a legitimação diretamente ou autorizando que um indivíduo ou organização o faça em nome do *Attorney General*. O modelo, como assinalam Cappelletti e Garth⁵¹, é típico dos países de *common law* e evita o questionamento em torno da legitimação (*standing*), além de conferir ao Procurador-Geral, também na hipótese do exercício por particulares, o controle sobre a conduta processual destes agentes, embora este poder tenha sido, na prática, pouco usado. A *relator action* é cabível, principalmente, para a defesa de interesses difusos, como em litígios relacionados ao meio ambiente, não sendo permitido, entretanto, neste procedimento, a formulação de pedidos individuais de indenização por danos, mas, tão-somente, a imposição de provimentos mandamentais ou condenatórios, de obrigações de fazer, não fazer ou de pagar, sendo que, neste último, apenas quando a quantia reverter em benefício de fundos ou da comunidade.

Por fim, cabe assinalar, também, a existência de normas específicas regulando a defesa coletiva em determinadas áreas, como no âmbito da proteção do consumidor⁵², da concorrência desleal⁵³, de seguros e investimentos⁵⁴.

O século XX termina com uma grande novidade para o direito na Inglaterra e no País de Gales, com a aprovação e entrada em vigor de um código

⁵¹ *The protection of diffuse, fragmented and collective interests in civil litigation.*

⁵² *Consumer Protection Act (1987), Unfair Contract Terms Act (1977) e Consumer Credit Act (1974).*

⁵³ *Fair Trading Act (1973) e Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations (1994).*

⁵⁴ *Financial Services Act (1986).*

de processo civil, denominado *Rules of Civil Procedure*. Com a nova legislação, passam os ingleses a contar com um sistema de normas escritas no âmbito do Direito Processual Civil, em substituição aos costumes e regras específicas editadas pelas diversas cortes. Para a elaboração do código, de 26 de abril de 2000, segundo José Carlos Barbosa Moreira⁵⁵, foi “dado o passo decisivo em 1994, quando o então *Lord Chancellor* incumbiu eminente magistrado, Lord Woolf of Barnes, de empreender pesquisa relativa à situação da Justiça civil inglesa e de oferecer sugestões para melhorar-lhe o desempenho, ao qual se irrogavam defeitos do gênero lamentando mundo afora, em tantos outros sistemas judiciais: excessiva lentidão, custo exorbitante, desnecessária complexidade e conseqüentes incertezas⁴. O trabalho levado a cabo por Lord Woolf achou expressão em dois relatórios sobre o acesso à Justiça, o *Interim Report* de 1995 e o *Final Report* do ano subsequente, cujas conclusões suscitaram, como era de esperar, reações contrastantes, variáveis entre um apoio entusiástico e uma veemente rejeição⁵. Entretanto, o *Civil Procedure Act* de 1997 anunciava o próximo advento de um código unificador; e a mudança de governo, com a ascensão dos trabalhistas ao poder, não arrefeceu o ímpeto reformista. Designado para reexaminar o assunto, Sir Peter Middleton elaborou novo relatório, publicado naquele mesmo ano, onde se recomendava a adoção das soluções propostas por Lord Woolf, com algumas modificações”.

Lord Woolf, que exercia as suas funções judicantes na presidência da Seção Civil da *Court of Appeal*, estava particularmente preocupado com os litígios que causavam problemas para o sistema judiciário civil e em desenvolver novos mecanismos que incrementassem o acesso à justiça e, dentro deste

⁵⁵ Uma novidade: o código de processo civil inglês, p. 180.

contexto, as providências relacionadas com as ações denominadas multipartidárias mereciam destaque acentuado⁵⁶. As novas regras processuais deveriam, conforme mencionado no item 2, do Capítulo 17, denominado *Multi-Party Actions*, do Relatório Final do Lord Woolf, alcançar os seguintes objetivos: a) providenciar o acesso à justiça, quando um grande número de pessoas fosse afetado pela conduta de outra, mas o dano individual fosse diminuto a ponto de tornar economicamente inviável a propositura de uma ação individual; b) propiciar métodos expeditos, efetivos e proporcionais para a resolução de casos em que os prejuízos individuais sejam grandes o suficiente para justificar demandas singulares, mas que não podem ser satisfatoriamente conduzidos com os procedimentos normais, tendo em vista o número de autores e a natureza das questões envolvidas; c) atingir um equilíbrio entre os direitos dos autores e réus, que seriam normalmente exercidos em termos de persecução e defesa, e os interesses de um grupo para exercer, como um todo, o seu direito de ação, de modo efetivo⁵⁷.

⁵⁶ Como assinalado, na Introdução ao Capítulo 17, do *Final Report*, por Lord Woolf: “*The second part of my Inquiry was partly intended to deal with types of litigation causing particular problems for the system of civil justice. It was also designed to examine specific developments which would further access to justice. Clearly the arrangements for multi-party actions must be near the top of the list in both respects*”.

⁵⁷ “*The new procedures should achieve the following objectives:*

- (a) *provide access to justice where large numbers of people have been affected by another's conduct, but individual loss is so small that it makes an individual action economically unviable;*
- (b) *provide expeditious, effective and proportionate methods of resolving cases, where individual damages are large enough to justify individual action but where the number of claimants and the nature of the issues involved mean that the cases cannot be managed satisfactorily in accordance with normal procedure;*

O código inglês de processo civil faz parte, na verdade, de um grande projeto de reforma do sistema judicial civil da Inglaterra, mudança esta que vem sendo apregoada como a maior dos últimos cem anos⁵⁸ e que, com a edição do novo estatuto, completou a sua primeira e mais importante fase. As *Rules of Civil Procedure* encontram-se dispostas em 57 partes, sendo que as três últimas com entrada em vigor no dia 15 de outubro de 2001, além de disposições complementares como *Schedules*, *Index* e um glossário. Para cada parte há, também, uma respectiva diretriz prática (*practice direction*), que, muitas vezes, serve, expressamente, como complemento para as *rules*.

Mas, o Código de Processo Civil inglês não representou uma inovação apenas para os ingleses ou para a *common law*. O novo estatuto, refletindo as preocupações contidas nos relatórios de Lord Woolf, fez questão de incorporar no seu texto normas expressamente dispostas sobre demandas coletivas, principalmente concentradas na *Part 19*, sob a denominação de *parties and group litigation*. O título encontra-se subdividido em três seções específicas, além da norma 19.1, que se pretende geral: *addition and substitution of parties*, *representative parties* e *group litigation*.

-
- (c) *achieve a balance between the normal rights of claimants and defendants, to pursue and defend cases individually, and the interests of a group of parties to litigate the action as a whole in an effective manner.*"

⁵⁸ Nesse sentido, são as palavras do Lord Chancellor, no prefácio atualizado do código: "On 26th April 1999, I introduced the most fundamental change to the civil justice system in England and Wales for over 100 years. This first phase of the civil justice reforms introduced a unified code of civil procedure applicable to all civil courts, ending unnecessary distinctions of practice and procedure between the High Court and the county courts."

As seções II e III estão diretamente relacionadas com o tema da tutela coletiva, embora apenas a última seja, de fato, uma inovação no direito inglês. As disposições relacionadas com as *representative parties* marcam a continuidade das *representative actions*, havendo grandes semelhanças entre as normas anteriormente inscritas na *Order 5, Rules 12 e 13*, das *Rules of the Supreme Court*, com os preceitos agora previstos nas regras 19.6 ⁵⁹ e 19.7 ⁶⁰, respectivamente, das *Rules of Civil Procedure*.

⁵⁹ “(1) *Where more than one person has the same interest in a claim –*

(a) the claim may be begun; or

(b) the court may order that the claim be continued,

by or against one or more of the persons who have the same interest as representatives of any other persons who have that interest.

(2) The court may direct that a person may not act as a representative.

(3) Any party may apply to the court for an order under paragraph (2).

(4) Unless the court otherwise directs any judgment or order given in a claim in which a party is acting as a representative under this rule –

(a) is binding on all persons represented in the claim; but

(b) may only be enforced by or against a person who is not a party to the claim with the permission of the court.

(5) This rule does not apply to a claim to which rule 19.7 applies.”

⁶⁰ “(1) *This rule applies to claims about –*

(a) the estate of a deceased person;

(b) property subject to a trust; or

(c) the meaning of a document, including a statute.

(2) The court may make an order appointing a person to represent any other person or persons in the claim where the person or persons to be represented –

(a) are unborn;

(b) cannot be found;

(c) cannot easily be ascertained; or

(d) are a class of persons who have the same interest in a claim and –

(i) one or more members of that class are within subparagraphs (a), (b) of (c); or

(ii) to appoint a representative would further the overriding objective.

A seção III, do título 19, das *Rules of Civil Procedure*, é toda destinada a *group litigation*, embora haja, também, normas relacionadas com o processo coletivo em outras partes do código, como, v. g., a prevista na regra 48.6A (5), que diz respeito às custas judiciais. Registre-se, também, que a *practice direction* 19b, destinada à complementação das regras contidas no código, relacionada com os litígios de grupo, é extremamente importante, sob o aspecto normativo, não se limitando, portanto, a regulamentar as normas previstas no estatuto processual, razão pela qual deve ser vista e estudada em conjunto com as *rules*. Todavia, encontram-se nas *practice directions*, tão-somente, preceitos relacionados com os litígios de grupo em que os interesses

(3) *An application for an order under paragraph (2) –*

(a) *may be made by –*

(i) *any person who seeks to be appointed under the order; or*

(ii) *any party to the claim; and*

(b) *may be made at any time before or after the claim has started.*

(4) *An application notice for an order under paragraph (2) must be served on –*

(a) *all parties to the claim, if the claim has started;*

(b) *the person sought to be appointed, if that person is not the applicant or a party to the claim; and*

(c) *any other person as directed by the court.*

(5) *The court's approval is required to settle a claim in which a party is acting as a representative under this rule.*

(6) *The court may approve a settlement where it is satisfied that the settlement is for the benefit of all the represented persons.*

(7) *Unless the court otherwise directs, any judgment or order given in a claim in which a party is acting as a representative under this rule –*

(a) *is binding on all persons represented in the claim; but*

(b) *may only be enforced by or against a person who is not a party to the claim with the permission of the court."*

coletivos, em sentido estrito, são pleiteados no pólo ativo, embora, pelo código, seja possível a presença multiindividual também na parte demandada. Nesse caso, as cortes devem formular, quando necessário, as diretrizes cabíveis⁶¹.

Segundo as regras 19.10⁶² e 19.11 (1)⁶³ do Código de Processo Civil inglês, um caso pode receber o tratamento de litígio coletivo - *Group Litigation Order* (GLO) - sempre que houver pretensões fundadas ou que contenham questões, de fato ou de direito, comuns ou relacionadas (GLO issues). O procedimento coletivo pode ser determinado de ofício pelo órgão judicial⁶⁴ ou requerido pela parte⁶⁵, devendo haver, todavia, consulta prévia ao Serviço de Informação sobre Ações Coletivas da *Law Society*, para se aferir sobre a existência de outros casos relacionados com as questões comuns sugeridas⁶⁶. E, caso a autorização para o processamento coletivo seja concedida, devem ser enviadas cópias da decisão judicial (*order*), que a admitiu, para a *Law Society* e

⁶¹ *Practice Direction 19b*, n. 1.

⁶² “A *Group Litigation Order* (“GLO”) means an order made under rule 19.11 to provide for the case management of claims which give rise to common or related issues of fact or law (the “GLO issues”).”

⁶³ “The court may make a GLO where there are or are likely to be a number of claims giving rise to the GLO issues.”

⁶⁴ *Practice Direction 19b*, GLO made by court of its own initiative, n. 4: “Subject to obtaining the appropriate consent referred to in paragraph 3.3 and the procedure set out in paragraph 3.4, the court may make a GLO of its own initiative. (CPR 3.3 deals with the procedure that applies when a court proposes to make an order of its own initiative)”.

⁶⁵ *Practice Direction 19b*, n. 3.1: “An application for a GLO must be made in accordance with CPR Part 23, may be made at any time before or after any relevant claims have been issued and may be made either by a claimant or by a defendant”.

⁶⁶ *Practice Direction 19b*, preliminary steps, n. 2 : “Before applying for a *Group Litigation Order* (“GLO”) the solicitor acting for the proposed applicant should consult the *Law Society’s Multi Party*

para o *Senior Master da Queen's Bench Division of the Royal Courts of Justice*, com o intuito de se dar conhecimento e publicidade em torno da existência da respectiva demanda coletiva, nos termos da diretriz prática n. 11 sobre *group litigation*. Não há, entretanto, qualquer imposição apriorística e absoluta no sentido de se proceder à notificação das demais pessoas interessadas. Assim sendo, poderão as cortes agir com discricção na avaliação pertinente à necessidade e à viabilidade da notificação. A imposição ou não da obrigatoriedade quanto à comunicação será, como consta dos itens 47 a 50 do relatório final do Lord Woolf, decidida no caso concreto, lavando-se em consideração fatores como a sistemática adotada em relação à vinculação dos efeitos (*opt-out* ou *opt-in*), a dimensão do grupo, o valor individual das pretensões, os custos estimados para a notificação etc⁶⁷.

Action Information Service in order to obtain information about other cases giving rise to the proposed GLO issues”.

⁶⁷ “47. If members of a group are to opt out, or to join the register, they must know about the multi-party action. Notice may also be necessary at various other times throughout the course of the proceedings, eg, determination of generic issues; on settlement. In reaching the decision on notice the court must have in mind the cost of such notice and its usefulness: in some cases notice may be so expensive as to be disproportionate to the costs and benefits of the litigation, or it may not serve a useful purpose.

48. In a multi-party action where there are many claims, each of which is small, there is little to recommend in a rule making notice to each potential claimant mandatory. The costs of identifying potential claimants, and preparing and sending the notice, will make the litigation as a whole uneconomic. In any event, where such claimants receive the notice and choose to opt out, they will receive nothing. Because with small claims it is uneconomic for them to litigate individually, they will almost invariably remain members of the group. In the United States, in small claims group actions, very few of the tens of thousands - in some cases millions - of potential claimants actually notified choose to opt out. Accordingly, courts must have the discretion to dispense with notice enabling parties to opt out having regard to factors such as the cost, the nature of the relief, the size of individual claims, the number of members of a group, the chances that members will wish to opt out and so on.

Não obstante as observações contidas no relatório Woolf, as *Rules of Civil Procedure* acabaram adotando e regulando, principalmente, o sistema do *opt-in*, centrado na adoção de um registro⁶⁸, junto à *management court*, de pretensões que seriam inscritas no referido assentamento e que, por conseguinte, ficariam vinculadas ao julgamento da questão comum. Observe-se, no entanto, que, embora estabelecido o regime sob a forma de *opt-in*, as possibilidades de atrelamento são muito mais amplas do que as adotadas nos sistemas ordinários de inclusão. Isto porque a vinculação ocorre, em regra, em relação às pretensões que se encontram registradas no momento do julgamento, mas podem ser estendidas, também, a casos que sejam posteriormente inscritos, se a corte assim determinar, como consta na regra 19.12 (1) do Código de Processo Civil⁶⁹.

49. *Once the claims become more substantial, however, individual notice is economically possible. It is difficult to set a figure and the matter must be left to judicial discretion, taking into account the factors I have already mentioned. Yet even if the court decides that notice must be given to members of a group, it should have a discretion as to how this is to be done - individual notification, advertising, media broadcast, notification to a sample group, or a combination of means, or different means for different members of the group. In each case the court must take into account the likely cost and benefit before deciding on the course of action.*

50. *The court should have a discretion to order by whom the advertising should be undertaken. The Law Society's working party recommended that the Law Society should provide further guidance to solicitors on advertisements placed in the early stages prior to the establishment of a group action. I welcome that. The Law Society also recommended that the timing and placement of subsequent advertisements should be approved by the court. There is also a need to approve the content of the advertisements and for the court to decide on the appropriate body who should place the advertisement - either the lead solicitor, the Law Society itself with its substantial media expertise, the Legal Aid Board or the court itself.* "

⁶⁸ *Practice Direction 19b, The group register, n.6.1: " Once a GLO has been made a Group Register will be established on which will be entered such details as the court may direct of the cases which are to be subject to the GLO".*

⁶⁹ " 19.12 - *Effect of the GLO*

Entretanto, a corte poderá estabelecer um prazo para que se efetue, independentemente de permissão específica, o registro de pretensões calcadas na mesma questão comum⁷⁰.

As novas regras são extremamente flexíveis em vários sentidos e conferem amplos poderes aos juízes⁷¹. Em primeiro lugar, há que se destacar que o processo pode conter questões predominantemente coletivas e outras de natureza individual, sendo possível, portanto, a repartição do procedimento tendo em vista estas peculiaridades. Ou ainda, como previsto na *rule* 19.15⁷², pode

(1) Where a judgment or order is given or made in a claim on the group register in relation to one or more GLO issues –

(a) that judgment or order is binding on the parties to all other claims that are on the group register at the time the judgment is given or the order is made unless the court orders otherwise; and

(b) the court may give directions as to the extent to which that judgment or order is binding on the parties to any claim which is subsequently entered on the group register.”

⁷⁰ *Practice Direction 19b, Cut-off dates, n. 13: “ The management court may specify a date after which no claim may be added to the Group Register unless the court gives permission. An early cut-off date may be appropriate in the case of “instant disasters” (such as transport accidents). In the case of consumer claims, and particularly pharmaceutical claims, it may be necessary to delay the ordering of a cut-off date”.*

⁷¹ *Como afirma Christopher Hodges, no texto Multi-party actions: a European approach: “The primary virtue of this approach is, therefore, its flexibility. The Rule enables all similar cases to be transferred to a single management court and to be managed in a consistent, but not necessarily identical, fashion. The Rule is an enabling mechanism and leaves extensive discretion to the managing judge. It may be, for example, that individual cases are not resolved together, or that the result in a small number of test cases does in fact bind all the others. The English Rule adopts a minimalist procedural approach: all, it is suggested, that is necessary.”*

⁷² *“(1) Where a direction has been given for a claim on the group register to proceed as a test claim and that claim is settled, the management court may order that another claim on the group register be substituted as the test claim.*

haver a determinação pela Corte para que haja um processo teste ou modelo (*test claim*), cujo resultado possui, *a priori*, efeito vinculante sobre as demais demandas previamente registradas. As questões comuns ou as ações de ensaio devem ser processadas e julgadas por um determinado órgão judicial (*management court*)⁷³, que ficará prevento para, inclusive, efetuar, também, o registro de pretensões individuais relacionadas com a *common question* ou com a *test claim*. Todavia, as questões individuais são normalmente julgadas por tribunais locais, levando em consideração a decisão coletiva ou o resultado da ação de ensaio e eventuais diretrizes formuladas pela *management court*⁷⁴.

(2) *Where an order is made under paragraph (1), any order made in the test claim before the date of substitution is binding on the substituted claim unless the court orders otherwise.*”

⁷³ “ 19.11 – *Group Litigation Order*

(1) ...

(2) *A GLO must –*

(a) *contain directions about the establishment of a register (the “group register”) on which the claims managed under the GLO will be entered;*

(b) *specify the GLO issues which will identify the claims to be managed as a group under the GLO; and*

(c) *specify the court (the “management court”) which will manage the claims on the group register.*

(3) *A GLO may –*

(a) *in relation to claims which raise one or more of the GLO issues –*

(i) *direct their transfer to the management court;*

(ii) *order their stay ^(GL) until further order; and*

(iii) *direct their entry on the group register;*

(b) *direct that from a specified date claims which raise one or more of the GLO issues should be started in the management court and entered on the group register; and*

(c) *give directions for publicising the GLO.”*

⁷⁴ *Nesse sentido, encontra-se previsto na practice direction – group litigation:*

“15.1 *The management court may give directions–*

(1) *for the trial of common issues; and*

Por fim, cabe assinalar, ainda, que o estatuto processual inglês fez questão de regular, na regra 48.6A (*costs where the court has made a group litigation order*), com detalhes, o problema da repartição das custas, diante da formulação de questões coletivas e individuais⁷⁵.

(2) *for the trial of individual issues.*

15.2 *Common issues and test claims will normally be tried at the management court. Individual issues may be directed to be tried at other courts whose locality is convenient for the parties.*”

⁷⁵ “(1) *This rule applied where the court has made a Group Litigation Order (“GLO”).*

(2) *In this rule –*

(a) *“individual costs” means costs incurred in relation to an individual claim on the group register;*

(b) *“common costs” means –*

(i) *costs incurred in relation to the GLO issues;*

(ii) *individual costs incurred in a claim while it is proceeding as a test claim, and*

(iii) *costs incurred by the lead solicitor in administering the group litigation; and*

(c) *“group litigant” means a claimant or defendant, as the case may be, whose claim is entered on the group register.*

(3) *Unless the court orders otherwise, any order for common costs against group litigants imposes on each group litigant several liability^(GL) for an equal proportion of those common costs.*

(4) *The general rule is that where a group litigant is the paying party, he will, in addition to any costs he is liable to pay to the receiving party, be liable for –*

(a) *the individual costs of his claim; and*

(b) *an equal proportion, together with all the other group litigants, of the common costs.*

(5) *Where the court makes an order about costs in relation to any application or hearing which involved –*

(a) *one or more GLO issues; and*

(b) *issues relevant only to individual claims, the court will direct the proportion of the costs that is to relate to common costs and the proportion that is to relate to individual costs.*

(6) *Where common costs have been incurred before a claim is entered on the group register, the court may order the group litigant to be liable for a proportion of those costs.*

Capítulo 4 – Estados Unidos da América

4.1. Evolução histórica

O direito norte-americano, como se sabe, faz parte do sistema de *common law*, estando, por conseguinte, bastante calcado nos precedentes judiciais, embora o direito escrito tenha, assim como em outros países, assumido paulatinamente um papel de crescente relevância.

Em termos de demanda coletiva, os primitivos escritos sobre o tema foram feitos por Joseph Story⁷⁶. O primeiro caso, *West v. Randall*, ocorrido em 1820, na verdade, passou a ser considerado não pelo seu conteúdo ou julgado, mas, sim, por ter inspirado no autor o interesse pelo tema, na medida em que o fez refletir e tecer comentários em torno da *group litigation*. Na espécie, um morador de Massachusetts ajuizou uma ação, alegando que o seu patrimônio teria sido dilapidado pelo réu, na qualidade de *trustee* (uma espécie de gestor de negócios). O processo estava tramitando na Justiça Federal, tendo sido firmada a

(7) *Where a claim is removed from the group register, the court may make an order for costs in that claim which includes a proportion of the common costs incurred up to the date on which the claim is removed from the group register. (Part 19 sets out rules about group litigation)*”.

⁷⁶ Destacado jurista estadunidense, que integrou a *Supreme Court* de 1811 até 1845, ano em que veio a falecer. Escreveu, em particular, dois tratados relacionados com a equidade: *Equity Jurisprudence* (1836) e *Equity Pleadings* (1838).

sua competência sob o fundamento da diversidade de jurisdição⁷⁷, embora, na realidade, seja provável que a causa, de fato, tenha sido a ausência de tribunal de equidade em Rhode Island. Story comenta que a situação poderia ter sido diferente se houvesse outras pessoas interessadas, como herdeiras, que figurassem como litisconsortes necessários. Conseqüentemente, o feito poderia não prosseguir na Justiça Federal, na medida em que poderia deixar de existir a *diversity jurisdiction* entre as partes. Mas, segundo o raciocínio desenvolvido por Story, a partir do estudo de precedentes ingleses, a presença do interesse de outras pessoas não precisaria ensejar sempre o litisconsórcio necessário, tendo em vista que:

“Onde as partes são muito numerosas e a corte percebe que será quase impossível trazê-las perante o tribunal, ou onde a questão é de interesse geral em que uns poucos podem promover uma ação em benefício de todos, ou onde houver uma associação voluntária com fins públicos ou privados em que seja possível a representação dos direitos e interesses de todos que dela fazem parte; nesses e em casos análogos, a ação se demonstra não ser meramente em nome dos autores, mas de todos os outros interessados; o pedido para formação de litisconsórcio necessário

⁷⁷ Nos Estados Unidos, a competência da Justiça Federal é firmada em razão da *diversity jurisdiction*, ou seja, quando as partes são naturais de estados diversos. Todavia, quando há litisconsórcio, faz-se necessário que nenhum dos litisconsortes possua naturalidade comum com a parte adversa, pois, do contrário, a competência será estadual.

deverá ser repellido e o tribunal deverá dar prosseguimento ao processo até a decisão de mérito”.⁷⁸

Em 1829, a Suprema Corte apreciou o caso *Beatty v. Kurtz*, case em que se permitiu que um grupo de luteranos demandasse um herdeiro que os estaria ameaçando de lhes retirar a posse do barracão, no qual faziam as suas pregações, e do cemitério, onde enterravam os seus mortos. O julgado, também relatado por Story, não apresentava, no entanto, maiores dificuldades sob o ponto de vista da litigação de grupo, na medida em que o próprio grupo havia escolhido quem deveria ir a juízo em nome dos demais. Da mesma forma, não se questionava a existência do interesse comum.

Em 1836, Joseph Story publicou a sua obra *Comentaries on Equity Jurisprudence*, na qual demonstrou que havia adquirido um grande conhecimento sobre as ações coletivas. No trabalho, o autor e juiz norte-americano apontou, com precisão, a importância e o papel das demandas coletivas para o Poder Judiciário e para o acesso à Justiça. Segundo Story, a *group litigation* objetivou, no primeiro momento, a supressão do litígio inútil e da multiplicação de

⁷⁸ Tradução de Márcio Flávio Mafra Leal, *Ações coletivas: história, teoria e prática*, p. 150, do texto em inglês, transcrito em Stephen C. Yeazell, *From medieval group litigation to the modern class action*, p. 217: “Where the parties are very numerous, and the court perceives, that it will be almost impossible to bring them all before the court; or where the question is of general interest, and a few may sue for the benefit of the whole; or where the parties form a part of a voluntary association for public or private purposes, and may be fairly supposed to represent the rights and interests of the whole; in these and analogous cases, if the bill purports to be not merely in behalf of the plaintiffs, but of all others interested, the plea of the want of the parties will be repelled, and the court will proceed to a decree”.

demandas⁷⁹, mas, depois, passou a se colocar, muitas vezes, entre duas funções: a) a redução do número de ações propostas (e, com isso, a carga de processos sobre o Judiciário); e b) facilitar a instauração de demandas que, de outra forma, não seriam formuladas, tendo em vista que os respectivos direitos, individualmente considerados, teriam valor muito reduzido (por conseguinte, o acesso à prestação jurisdicional seria incrementado)⁸⁰.

Todavia, na segunda edição dos seus *Comentaries on Equity Pleadings*⁸¹, Story, impregnado pelo individualismo da época, passa a enfatizar o problema das pessoas interessadas, porém ausentes, como parte no processo, defendendo, no caso, a não vinculação aos efeitos da decisão proferida na *group litigation*, na medida em que os seus direitos não poderiam ser afetados ou atingidos: “*the Court can proceed to do justice between the parties before it, without disturbing the rights or injuring the interestes of the absent parties, who are equally entitled to ist protection*”.⁸²

⁷⁹ Como transcrito por Stephen C. Yeazell, *From medieval group litigation to the modern class action*, p. 218: “*obvious ground of the jurisdiction of Courts of Equity ... is to suppress useless litigation, and to prevent multiplicity of suits*”.

⁸⁰ Nas palavras de Stephen C. Yeazell, *From medieval group litigation to the modern class action*, p. 218: “*Story here encountered a central question of modern class action theory: whether the function of the class action is to consolidate suits that would otherwise be brought (and thus to reduce the caseload of the judiciary) or to facilitate the bringing of suits that would otherwise not be brought because the individual stakes are too small (and thus to increase the accessibility of adjudication). The first alternative aims at reducing existing litigarion, the second at enabling potential litigation to occur; at some level the two stand in tension*”.

⁸¹ A primeira edição data de 1838 e a segunda de 1839.

⁸² Stephen C. Yeazell, *From medieval group litigation to the modern class action*, p. 219.

Em 1842, a Suprema Corte norte-americana edita um conjunto de regras de equidade, dentre as quais a *Equity Rule 48*, que passa a ser considerada como a primeira norma escrita relacionada com a *class action* nos Estados Unidos:

Equity Rule 48: “Where the parties on either side are very numerous, and cannot, without manifest inconvenience and oppressive delays, in the suit, be all brought before it, the court in its discretion may dispense with making all of them parties, and may proceed in the suit, having sufficient parties before it to represent all the adverse interests of the plaintiffs and the defendants in the suit properly before it. But in such cases the decree shall be without prejudice to the rights and claims of all the absent parties”.

Como se vê, a regra da *Supreme Court* agasalhou o entendimento daquele que ainda compunha o tribunal, Joseph Story⁸³, no sentido de não permitir que os efeitos do julgado atingissem os interessados ausentes do processo, representando, assim, a própria denegação do caráter coletivo do processo, tendo em vista que apenas os presentes estariam vinculados ao *decisum*, não significando, assim, mudança substancial em relação ao resultado obtido com institutos processuais tradicionais, como o litisconsórcio. Ressalvar-se-ia, no entanto, a inexigibilidade do litisconsórcio necessário, quando este se

⁸³ Este veio a falecer em 1845. Incorreta, portanto, a informação contida em Stephen C. Yeazell, *From medieval group litigation to the modern class action*, p. 221, e Leal, p. 151, no sentido de que a Suprema Corte teria editado a *Equity Rule 48* alguns anos após a morte de Story.

tornasse manifestamente inconveniente e opressivo, diante da numerosidade, facultando-se, por conseguinte, a ação coletiva, raciocínio que remonta, em termos lógicos, ao delineado por Story em torno do *case West v. Randall*, conforme supramencionado.

Não obstante os textos de Story e a previsão escrita para os litígios de grupo, o número de casos, durante aquele período, continuou a ser bastante reduzido, o que fez com que Stephen C. Yeazell indicasse que a *group litigation*, ao longo do século XIX, na América, fosse um procedimento sem clientela⁸⁴.

Mas, dentro do contexto, o caso *Smith v. Swormstedt* merece menção. Em julgado ocorrido em 1853, a Suprema Corte acabou deixando de lado a restrição contida na parte final da *Equity Rule* 48. Na espécie, pregadores itinerantes da Igreja Metodista formaram uma associação, para a qual contribuía com uma porção do produto obtido com a venda realizada, de porta em porta, de apetrechos religiosos. O produto do fundo, que seria utilizado para o pensionamento de pregadores idosos e seus dependentes, foi confiado a administradores situados na cidade de Cincinnati, localizada no norte dos Estados Unidos. Com o crescimento da tensão em torno da manutenção da escravatura, que acabou resultando na Guerra de Secessão, entre 1861 e 1865, houve a cisão da Igreja Metodista e os administradores do fundo recusaram-se a remeter qualquer valor para os sulistas. Por conseguinte, foi ajuizada uma ação, em nome de um *representative*, mas em favor de todos os pregadores do sul e em face dos administradores e dos cerca de 3.800 religiosos do norte. A ação não foi

⁸⁴ “*Group litigation in nineteenth-century in America: a procedure without a constituency*”, *From medieval group litigation to the modern class action*, p. 220.

considerada apropriada pelo tribunal de primeira instância, mas a decisão foi revertida pela *Supreme Court*, que considerou adequada a representação em ambas as partes e se pronunciou *in dicta* pela vinculação dos ausentes.

Por fim, merece registro, também, o *case American Steel & Wire Co. v. Wire Drawers' & Die Makers' Unions*, julgado em 1898, em Ohio. A empresa havia empregado o padre Paulowski, que, aparentemente, também funcionava como fura-greve profissional. Por ocasião de certa paralisação, os grevistas impediram a entrada do padre na fábrica e de substitutos dos paredistas. A companhia respondeu, propondo uma ação em face dos membros do sindicato como um grupo, mas requerendo a citação apenas dos líderes da greve, como *representative*, a fim de obter a concessão de uma *injunction* para barrar a interferência dos demandados em relação às atividades de Paulowski. O tribunal mencionou a falta de precedentes, mas, entretanto, não teve maiores dificuldades em considerar que os líderes poderiam defender os interesses dos grevistas e que os efeitos da decisão os atingiriam. Os juízes fizeram questão de afirmar que a capacidade para representar o interesse do grupo não poderia residir apenas em autorizações formais e oficiais, mas, pelo contrário, deveria ser regulada e aferida pelas cortes, em cada caso concreto, de acordo com as circunstâncias, no sentido de que alguns pudessem defender com lealdade o interesse de todos⁸⁵.

⁸⁵ “From the very nature of the case, there are sufficient of the members of the unions to defend this suit, and enough to answer all practical purposes of the order and decrees that may be asked against them. The fact of numerous membership and the necessity for proceeding against a few are stated, and the court can see that those mentioned fairly represent the whole. The fallacy of the objection made is in supposing that the required ‘representative’ capacity resides in some official or authorized representative quality, attaching by reason of the action of the union itself in conferring it ... It depends on the facts in each case, and the court will regulate that matter by its decree, according to circumstances, and will insist that those brought in shall fairly represent the whole, according to the nature of the relief sought and the

Em 1912, a Suprema Corte reformulou as *Equity Rules*. Assim sendo, a antiga regra 48 foi revogada pela *Rule 38*, que continuou a ser aplicada, tão-somente, aos casos de equidade. Entretanto, a grande alteração foi a supressão da referência, contida na parte final da norma suplantada, aos efeitos não vinculativos em relação aos membros da classe que não estivessem presentes como parte no processo. A eliminação, contudo, não ensejou o tratamento uniforme dos tribunais em relação à questão. Pelo contrário, o dissenso e a confusão sobre o tema continuaram a reinar nas cortes americanas⁸⁶, embora alguns julgados tenham sido de grande importância para o assentamento do problema. Nesse sentido, deve ser mencionada a decisão proferida pela Suprema Corte, no caso *Supreme Tribe of Ben-Hur v. Cauble*, no qual todos os membros de uma organização beneficente ficaram vinculados ao pronunciamento judicial sobre o controle e a disposição dos fundos da instituição. Na oportunidade, consignou o tribunal:

*“If the decree is to be effective and conflicting judgments are to be avoided, all the class must be concluded by the decree.”*⁸⁷

peculiarities of the association.” Stephen C. Yeazell, *From medieval group litigation to the modern class action*, p. 224.

⁸⁶ Nesse sentido: Robert H. Klonoff, *Class Actions and other Multi-party litigation*, p. 8.

⁸⁷ Conforme transcrição feita por Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane e Arthur R. Miller, *Civil Procedure*, p. 739.

Finalmente, em 1938, surge nos Estados Unidos o primeiro Código de Processo Civil no âmbito federal. Dentre as *Federal Rules of Civil Procedure*, encontrava-se a de número 23, destinada a regular as chamadas *class actions*, que passavam a estar disponíveis para todo o direito e não apenas para os processos calcados na equidade.

A *Rule 23* previa, na verdade, três categorias diversas de ações coletivas: a) as puras, verdadeiras, autênticas ou genuínas (*true*); b) as híbridas (*hybrid*); e c) as espúrias (*spurious*); classificação que é atribuída ao professor J. W. Moore, que participou da redação do código⁸⁸. A distinção, segundo consta em geral nos livros⁸⁹, propiciou certa dificuldade de interpretação e definição clara das hipóteses.

A ação de classe pura pressupõe a existência da unidade absoluta de interesse (*unity of interest*), ou seja, a natureza indivisível do direito ou interesse, que seria comum (*joint or common*) a todos os membros do grupo. Exemplos que podem ser dados, segundo a doutrina americana, são as ações por quebra de confiança, resultante do esgotamento dos bens confiados à guarda de alguém, ajuizadas por um dos beneficiários em face do administrador⁹⁰ ou quando os sócios de uma sociedade limitada ou o marido e a mulher buscam a tutela de um bem comum⁹¹. Considera-se, também, autêntica, quando os direitos estão

⁸⁸ Stephen C. Yeazell, *From medieval group litigation to the modern class action*, p. 230.

⁸⁹ Como, por exemplo, Robert H. Klonoff, *op. cit.*, p. 9, Stephen C. Yeazell, *From medieval group litigation to the modern class action*, p. 230, Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane e Arthur R. Miller, *op. cit.*, p. 739.

⁹⁰ Robert H. Klonoff, *op. cit.*, p. 9.

⁹¹ Mary Kay Kane, *Civil procedure*, p. 255.

subordinados (“*secondary*”) e os legitimados ordinariamente se recusam a ir a juízo para a tutela do bem, abrindo-se, assim, a oportunidade para a legitimação extraordinária⁹².

Nas *class actions* híbridas, por sua vez, os membros da classe compartilham do interesse em relação a um bem jurídico, que está sendo objeto na ação. Todavia, o direito não é único ou comum a todos. Assim sendo, há uma pluralidade de direitos que incidem, aí sim, sobre o mesmo objeto, seja ele um bem corpóreo ou determinado fundo⁹³. Robert H. Klonoff⁹⁴ aponta, como espécie de *hybrid class action*, a causa na qual acionistas pretendem se valer de seguro contra fraude, cuja indenização incidirá sobre um determinado fundo comum disponível e limitado para a cobertura de todos. O caráter coletivo encontraria semelhança, pelo menos em termos da *ratio*, no ordenamento brasileiro, com a execução por quantia certa contra devedor insolvente e, também, no processo de falência, guardando-se, naturalmente, as enormes diferenças, a começar pela natureza da prestação jurisdicional pretendida, que, na América, surgiria desde a atividade de conhecimento, enquanto que, no Brasil, estaria limitada à realização executiva, ainda que marcada por uma etapa preliminar cognitiva, porém restrita e vinculada.

Na última categoria, *spurious class action*, há uma pluralidade de interesses, mas decorrentes de uma questão comum de fato ou de direito, a

⁹² Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane e Arthur R. Miller, *op. cit.*, p. 739: ““*secondary*” in the sense that the owner of the primary right of action refused to enforce it”.

⁹³ “The ‘hybrid’ category recognized that the unity of interests were ‘several’ but all involved the same property or fund.” Robert H. Klonoff, *op. cit.*, p. 9.

⁹⁴ Robert H. Klonoff, *op. cit.*, p. 9.

indicar, como apropriada, a agregação dos direitos individuais para a utilização de um remédio processual comum. Não haveria, no caso, indivisibilidade do objeto ou mesmo um bem comum relacionado com a lide, mas, tão-somente, pessoas ligadas por determinadas circunstâncias, que estivessem pleiteando a mesma espécie de providência jurisdicional. A ação coletiva espúria, dessa forma, não seria uma imposição, mas um permissivo, ao contrário das demais espécies de *class action*. O exemplo, acima mencionado para as ações espúrias, poderia ser invocado, segundo Klonoff⁹⁵, para as *spurious class actions*, quando não houvesse um fundo ou recurso comum, sobre o qual os demandantes teriam que repartir as suas indenizações, pois, dessa forma, não haveria, *a priori*, qualquer interdependência entre as pretensões formuladas pelos acionistas.

Segundo a versão original da regra 23, nas ações coletivas autênticas e híbridas, os membros das classes envolvidas estariam sob o efeito do julgado. Na espúria, todavia, não haveria vinculação de toda a classe, mas apenas dos membros que tenham participado do processo, o que a transformava, na prática, numa espécie de litisconsórcio liberal⁹⁶, na medida em que apenas as partes, em sentido formal, litisconsortes, estariam adstritas ao julgado. Junte-se a isso que, em relação à aceitação das *spurious class actions*, a exigência do “pedido de um remédio comum” (*common relief be sought*) ensejava grandes dificuldades. Havia tribunais, por exemplo, que negavam seguimento ao processo coletivo, quando os demandantes estivessem postulando indenizações

⁹⁵ Robert H. Klonoff, *op. cit.*, p. 9.

⁹⁶ Como bem assinalado por Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane e Arthur R. Miller, *op. cit.*, p. 739: “Unquestionably, the most controversial of these three categories was the ‘spurious’ class suit, which was little more than a liberal joinder device because only the named parties were bound by the court’s decree”.

individuais; todavia, o entendimento predominante era no sentido de que apenas a espécie de providência jurisdicional deveria ser comum. Assim sendo, estaria satisfeito o requisito da “*common relief*” quando todos os membros da classe pleiteassem ressarcimentos individuais, bem como se o pedido fosse apenas a condenação de fazer ou determinadas ordens; por outro lado, não seria admitida a ação se houvesse a conjugação de pedidos de natureza diversa, como, v. g., alguns membros estivessem a pedir a concessão de segurança e outros a de indenizações⁹⁷.

A grande dificuldade em efetuar a distinção entre as categorias⁹⁸ de ações de classe, a falta de vinculação nas *spurious class actions*, conhecida como “*one way intervention*”, e a ausência de exigências relacionadas com a aferição da predominância de questões supraindividuais sobre as peculiares, bem como da superioridade e vantagem do processamento coletivo sobre o individual⁹⁹,

⁹⁷ Nesse sentido, Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane e Arthur R. Miller, *op. cit.*, p. 739 e 740.

⁹⁸ A confusão pode ser ilustrada no caso *Deckert v. Independence Shares Corp.*: o autor, que ajuizou a ação para defender os interesses de um grupo de investidores vítimas de uma fraude, considerou-a como híbrida. O réu asseverou o caráter espúrio da demanda. A corte distrital considerou-a simplesmente como uma *class bill*. Anulando o julgado inferior, a corte regional (*circuit court*) de apelação caracterizou a ação como espúria. Chegando a causa na Suprema Corte, decidiu-se pelo processamento coletivo da ação, deixando, todavia, a Excelsa Corte de se pronunciar quanto à classificação relacionada com a *Rule 23*. Remetida, novamente, à primeira instância, o órgão judicial distrital classificou a ação, desta vez, como híbrida e, finalmente, quando o caso foi devolvido à corte regional, para a apreciação da apelação, o tribunal declarou que a denominação não era importante. Com todas as referências sobre o caso, vide Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane e Arthur R. Miller, *op. cit.*, p. 740, n. 19.

⁹⁹ Esta deficiência, como afirmam Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane e Arthur R. Miller, *op. cit.*, p. 740, “*permitted the maintenance of class actions that were overburdened by substantial individual issues, so that there was no assurance that judicial economy would be achieved*”.

passaram a ser os maiores problemas dos tribunais na aplicação da *Rule 23*, com a redação de 1938.

Como resultado do descontentamento¹⁰⁰, a Suprema Corte norte-americana alterou, substancialmente, em 1966, a redação da Regra 23, procurando estabelecer uma abordagem prática e funcional para as demandas coletivas. A nova emenda foi formulada com ênfase na representação adequada e leal, como pressuposto para a manutenção das ações coletivas, cujo julgamento passaria a atingir a todos os que fossem considerados como membros da classe, independentemente se o resultado fosse ou não benéfico para os mesmos. Como se verá adiante, vários outros aspectos relacionados, como a formação de subclasses e a necessidade de notificação dos membros, foram tratados no texto subjacente.

4.2. As *class actions* no direito contemporâneo¹⁰¹

O texto formulado para a Regra 23, em 1966, encontra-se basicamente mantido, tendo em vista que a mesma foi objeto apenas de uma

¹⁰⁰ As notas do comitê consultivo esclarecem que a versão antiga foi abandonada exatamente porque a diferenciação entre ações autênticas, híbridas e espúrias “*proved obscure and uncertain*” e que as ações espúrias haviam se mostrado de utilidade limitada, na medida em que não conferia direitos ou obrigações a nenhuma outra pessoa que não fosse parte (“*adjudicate the rights or liabilities of any person not a party*”). Robert H. Klonoff, op. cit, p. 10.

¹⁰¹ José Rogério Cruz e Tucci escreveu trabalho precursor sobre a ação de classe norte-americana, intitulado “*Class action*” e *mandado de segurança coletivo*.

pequena emenda, aprovada em 1998, que acrescentou a alínea (f), possibilitando, segundo a descrição da corte, a interposição imediata de recurso contra as decisões que garantam ou deneguem o procedimento de classe. Para facilitar a incursão sobre o palpitante tema e o enfrentamento das questões teóricas e práticas suscitadas, far-se-á, abaixo, uma breve exposição sobre a estrutura da Regra 23, seguindo-se com a apresentação dos principais pressupostos e requisitos relacionados com as *class actions* e, por fim, a abordagem de algumas questões polêmicas.

Há que se registrar, ainda, que, dentro da estrutura federativa norte-americana, os Estados-membros possuem competência para legislar sobre direito processual no âmbito da Justiça Estadual. A maioria, entretanto, segue, em termos de ações de classe, o padrão estabelecido na norma federal, sendo, portanto, o seu estudo de certa forma suficiente para a compreensão do quadro nacional.

4.2.1. A estrutura da Regra 23

A *Rule 23* estabelece, preliminarmente, de modo implícito ou expresso, pressupostos processuais e condições da ação para a admissibilidade e para o prosseguimento da defesa coletiva de direitos em juízo. Cabe ao autor o ônus de demonstrar que todas as exigências encontram-se satisfeitas.

A Regra 23, segundo a redação atual, encontra-se repartida em seis alíneas, de (a) até (f), tendo sido esta última acrescentada por força de uma emenda, no ano de 1998.

A alínea (a) fixa quatro pré-requisitos para a admissibilidade da *class action*. O item seguinte, (b), denominado “*Class Actions Maintainable*”, estabelece as espécies de ações – b(1)(A), b(1)(B), b(2) e (b)(3) - que podem ser processadas como sendo de classe, cujo enquadramento se deve fazer cumulativamente com as exigências contidas em (a).

O dispositivo (c) prescreve determinações que deverão ser tomadas no caso de prosseguimento da ação como de classe, regulando, em particular, os atos de comunicação (*notice*) necessários, os efeitos da coisa julgada coletivamente e a possibilidade da condução coletiva de determinadas questões e do fracionamento do processo, mediante a formação de subclasses.

O item (d) prevê os poderes do juiz para o processamento da demanda coletiva, o que é especificamente importante, na medida em que a interferência do órgão judicial, na condução de uma *class action*, é muito superior e intensa, se comparada com distância mantida nas demais causas, como decorrência do *adversary system* da *common law*.

A alínea (e) trata da extinção do processo e da transação nas *class suits* e, por fim, encontram-se sob (f) as disposições relacionadas com o cabimento de recurso contra as decisões de admissibilidade ou não das ações de classe.

4.2.2. Pré-requisitos para a *class action*

4.2.2.1. A parte representativa deve integrar a classe

O primeiro requisito, considerado implícito ou decorrente¹⁰² da parte inicial da Regra 23(a), é que haja uma classe identificável. A denominação de classe, no caso, não possui acepção política, econômica ou social, mas, sim, significação ampla, que pode ser equiparada a conjunto de pessoas interessadas, grupo ou categoria, não se exigindo, inclusive, qualquer relação jurídica-base entre os mesmos. Assim sendo, a definição da classe deve estar suficientemente clara e precisa, permitindo que se saiba, por conseguinte, o alcance e os limites subjetivos do julgado, embora não se exija, *a priori*, desde o limiar do processo, a indicação exata das pessoas ou mesmo do número certo de interessados. Importa, sim, que estejam devidamente delineados os contornos da classe, de modo tal que seja possível ao julgador, por exemplo, a partir dos elementos fornecidos, verificar se determinados indivíduos podem ou não ser considerados como membros da classe¹⁰³. A definição pode, também, ser importante para a

¹⁰² Nesse sentido, Richard L. Marcus e Edward F. Sherman, *Complex litigation: cases and materials on advanced civil procedure*, p. 220.

¹⁰³ Como mencionam Friedenthal, Kane e Miller, p. 741 e 742: “*It is axiomatic that before a class action should be permitted to proceed as such, an identifiable class must exist. This does not mean that every member of the represented group must be identified, or ever identifiable, at the outset of the litigation. Rather, the general contours of the class should be delineated sufficiently so that it would be feasible for the court to ascertain whether particular individuals are or are not members of it*”. Na mesma direção, é apontado por Richard L. Marcus e Edward F. Sherman, op. cit, p. 220: “*It must be clear enough that the court and the parties understand who it includes, though the exact persons and even the exact number of persons*”.

viabilidade da comunicação (*notice*) aos membros, quando exigida. A existência de ambigüidades pode acarretar sérios problemas para a determinação dos limites subjetivos da coisa julgada e para a executabilidade ou cumprimento da decisão¹⁰⁴.

4.2.2.2. Numerosidade e inviabilidade do litisconsórcio

Exige-se, em segundo lugar, conforme inscrito expressamente na Regra 23(a)(1), que a classe seja tão numerosa que a reunião de todos os membros seja impraticável (“*the class is so numerous that joinder of all members is impracticable*”). Chamada de “*numerosity*”, a condição não demanda, na verdade, a demonstração da impossibilidade do ajuntamento, mas, apenas, a extrema dificuldade ou inconveniência¹⁰⁵. O imperativo da “*numerosidade*” está relacionado com o escopo das ações coletivas. Estas devem representar, por um lado, uma medida de economia judicial e processual e, por outro, propiciar o acesso à prestação jurisdicional daqueles que, de outro modo, não lograriam receber a tutela dos seus direitos. Conseqüentemente, quando a defesa individual, mediante o instituto do litisconsórcio ou de outro meio, for suficiente,

¹⁰⁴ Como comentado por Richard L. Marcus e Edward F. Sherman, op. cit, p. 220-221. embora com certa ressalva: “*It is also sometimes said (although we reserve judgment as to the validity of this statement) that the class definition should be sufficiently clear and precise to show who is affected by res judicata as to the judgment in a class action*”.

¹⁰⁵ Nas palavras de Robert H. Klonoff, op. cit, p. 20: “*The numerosity standard requires only that joinder be impracticable or difficult; joinder need not be impossible*”.

razoável e satisfatória, sob o ponto de vista dos jurisdicionados e dos órgãos judiciais, há que se ter como desnecessária e incabível a *class action*.

O requisito não se restringe ao mero número de interessados, como se poderia pensar. Inúmeros fatores podem influenciar no sentido de tornar viável a reunião dos interessados. Dentre outros, podem ser apontados, *e. g.*, a dispersão geográfica dos membros da classe, pois se estiverem espalhados por diversas regiões, será mais difícil, onerosa e inconveniente a reunião; o diminuto valor patrimonial da indenização ou do direito pretendido, individualmente considerado, tendo em vista que é da natureza humana confrontar os custos e benefícios para que decisões sejam tomadas, o que tornará mais improvável o ajuizamento de ações separadas, quando as pretensões representarem quantias pequenas ou irrisórias; a natureza e a complexidade das causas: determinadas lides estão relacionadas com intrincadas questões técnicas, científicas ou jurídicas, desestimulando e encarecendo o ajuizamento de ações individuais, na medida em que profissionais qualificados e estudos prévios serão necessários; ou a própria mutabilidade dos integrantes do grupo. Portanto, o aspecto quantitativo deverá ser sempre sopesado em consonância com as demais circunstâncias do caso concreto, não sendo fundamental, deste modo, a estipulação arbitrária e isolada de limites numéricos.

4.2.2.3. Existência de questões comuns de fato ou de direito

A ação só será admitida, como coletiva, segundo o previsto na *Rule* 23(a)(2), se houver uma ou mais questões de direito ou de fato que seja(m)

comum(ns) à classe¹⁰⁶. Não se exige, obviamente, a identidade absoluta de todas as questões apreciáveis no feito. Todavia, a “*commonality*”, como é chamada, deve incidir sobre ponto relevante para a causa e deve ser, inclusive, conjugada e avaliada em conformidade com a exigência, contida na *Rule 23(b)(3)*, de predominância das questões comuns e de superioridade da defesa coletiva sobre a individual¹⁰⁷. Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane e Arthur R. Miller afirmam, por exemplo, que o requisito tem sido satisfeito quando um padrão de conduta de discriminação é alegado, a despeito da conduta poder ter afetado de diversas maneiras vários membros da classe¹⁰⁸.

4.2.2.4. Identidade de pretensões ou defesas entre o representante e a classe

Encontra-se na Regra 23(a)(3) a condição denominada “*typicality*”, segundo a qual devem as pretensões ou defesas formuladas pelas partes representativas¹⁰⁹ ser típicas das pretensões ou defesas da classe¹¹⁰. O

¹⁰⁶ Rule 23(a)(2): “*there are questions of law or fact common to the class*”.

¹⁰⁷ Tema que será tratado abaixo.

¹⁰⁸ “*For example, the requirement has been satisfied when a pattern of discriminatory conduct was alleged, despite the fact that the conduct might have affected various class members in different ways*”, p. 743.

¹⁰⁹ A expressão “partes representativas”, também adotada por Ada Pellegrini Grinover, no seu artigo “*Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade*”, é utilizada para a tradução de “*representative parties*”. José Rogério Cruz e Tucci, em “*Class action*” e *mandado de segurança coletivo*, p. 14, preferiu, no entanto, traduzir para “litigantes”, visando, talvez, evitar confusões

significado exato e a extensão do requisito carecem de consenso absoluto. Há autores, como Robert H. Klonoff¹¹¹, que classificam em separado, como requisito implícito, a necessidade da parte representativa integrar a classe, deixando, no caso, para o âmbito da “*typicality*”, somente a verificação da compatibilidade entre a parte representativa e a classe, em termos de pretensão ou defesa. Nos escritos de Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane e Arthur R. Miller, no entanto, ambas as indagações encontram-se no campo da exigência ora tratada.

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

A falta de tipicidade pode ensejar a inadmissibilidade ou a subdivisão da ação de classe. No caso *La Mar v. H. & B. Novelty & Loan Co.*¹¹², por exemplo, numa ação versando sobre agiotagem, a Corte de Apelação do 9º Circuito determinou a formação de subclasses, porque as partes representativas

relacionadas com os institutos da representação e da legitimação. Optou-se, entretanto, no presente trabalho, pelo uso de expressões linguisticamente mais próximas, sem prejuízo de se tentar o enfrentamento teórico da natureza, características e distinções existentes.

¹¹⁰ Rule 23(a)(3): “*the claims of defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class*”.

¹¹¹ Obra citada, p. 16, 17 e 30-36.

¹¹² 489 F. 2d 461. O caso é transcrito e comentado por Richard L. Marcus e Edward F. Sherman, op. cit, p. 267-278.

só poderiam efetuar a defesa das vítimas que tivessem sido enganadas pelo mesmo agiota.

Como posto, o requisito da *typicality* ensejaria, a partir de uma interpretação mais literal, a exclusão, por tabela, da legitimidade para que associações, sindicatos, organizações não-governamentais e outras entidades pudessem propor ações de classe. E, de fato, houve problemas¹¹³.

A questão é, entretanto, mais ampla, pois no sistema tradicional de *common law* várias entidades (*unincorporated associations*), como grupos de defesa dos direitos civis, instituições religiosas, organizações não-lucrativas para a proteção de interesses públicos, sindicatos etc, não possuem personalidade jurídica e judiciária, sendo-lhes vedada, conseqüentemente, a capacidade para ser parte nos processos judiciais. No âmbito das cortes estaduais, contudo, desde longa data, algumas legislações têm conferido a respectiva capacidade.

Data, no entanto, de 1922, decisão da Suprema Corte, proferida no caso *United Mine Workers of América v. Coronado Coal Company*¹¹⁴, que considerou as *unincorporated associations* como capazes para demandar nas cortes federais, se o propósito da ação fosse o cumprimento de direito federal. Como desdobramento do julgamento, a *Supreme Court* estabeleceu, no corpo da

¹¹³ Como informam Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane e Arthur R. Miller, *op. cit.*, p. 742, n. 10: “Initially there was some problem in applying this requirement to cases in which na *unincorporated association*, such as a labor union, seeks to represent its member in a class suit because the association technically is not a class member if it is not seeking any remedies for itself”.

¹¹⁴ 259 U.S. 344 (1922).

Regra 17(b)¹¹⁵ das *Federal Rules of Civil Procedure*, a capacidade para que as sociedades ou associações desprovidas de personalidade jurídica pudessem demandar ou ser demandadas, segundo a legislação estadual local ou quando estivesse em questão um direito substantivo decorrente da Constituição ou das leis dos Estados Unidos (direito federal).

Em termos de *class actions*, todavia, o tema foi, igualmente, objeto de preocupação na reforma de 1966, que acabou resultando na adoção da Regra 23.2¹¹⁶. A inovação, conforme mencionado expressamente pela respectiva nota¹¹⁷ do Conselho Consultivo para a emenda de 1966 (*Advisory Committee on*

¹¹⁵ “b) *Capacity to Sue or be Sued.*

The capacity of an individual, other than one acting in a representative capacity, to sue or be sued shall be determined by the law of the individual's domicile. The capacity of a corporation to sue or be sued shall be determined by the law under which it was organized. In all other cases capacity to sue or be sued shall be determined by the law of the state in which the district court is held, except (1) that a partnership or other unincorporated association, which has no such capacity by the law of such state, may sue or be sued in its common name for the purpose of enforcing for or against it a substantive right existing under the Constitution or laws of the United States, and (2) that the capacity of a receiver appointed by a court of the United States to sue or be sued in a court of the United States is governed by Title 28, U.S.C., §§ 754 and 959(a).”

¹¹⁶ “Rule 23.2. *Actions Relating to Unincorporated Associations*

An action brought by or against the members of an unincorporated association as a class by naming certain members as representative parties may be maintained only if it appears that the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the association and its members. In the conduct of the action the court may make appropriate orders corresponding with those described in Rule 23(d) , and the procedure for dismissal or compromise of the action shall correspond with that provided in Rule 23(e).”

¹¹⁷ “Although an action by or against representatives of the membership of an unincorporated association has often been viewed as a class action, the real or main purpose of this characterization has been to give “entity treatment” to the association when for formal reasons it cannot sue or be sued as a jural person under Rule 17(b).”

1966 amendments to Rules), teve, de fato, como propósito principal, conferir tratamento de entidade para a associação, quando por razões formais, não puder demandar ou ser demandada, sob a Regra 17(b), como pessoa jurídica. Junte-se a isso que, na prática, os tribunais norte-americanos já vinham permitido a atuação das entidades, quando possuíam certa autoridade ou representação, conferida pelos membros, para a propositura de causas, em nome ou para a defesa dos direitos dos mesmos, bem como se a associação fosse criada com o propósito de defender interesses que estão sendo objeto da lide.

4.2.2.5. Representação adequada

Por fim, a *class action* só será admitida e mantida, como tal, se as partes representativas efetuarem a justa e adequada proteção dos interesses da classe, nos termos da *Rule 23(a)(4)*¹¹⁸.

O requisito encontra-se lastreado no princípio constitucional do devido processo legal¹¹⁹. Mas, no caso das *class actions*, possui importância

¹¹⁸ Rule 23(a)(4): “*the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class*”.

¹¹⁹ O princípio encontra-se inscrito na Emenda V, de 1791, e na Seção 1, da Emenda XIV, de 1868, da Constituição dos Estados Unidos: a) *Amendment V*: “*No person be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.*” ; b) *Amendment XIV, Section 1*: “*All persons Born or naturalized in the United States,*

fundamental, pois o processo coletivo ensejará a possibilidade de direitos e interesses individuais serem defendidos em juízo por outros titulares, sem que poderes específicos para tanto tenham sido, *a priori*, conferidos, voluntariamente, mediante o respectivo contrato de mandato ou outro tipo de autorização. Em decorrência, ficarão os interessados que não tenham participado do processo (*absent class members*) vinculados aos efeitos do pronunciamento judicial. Constitui-se, assim, hipótese de caráter excepcional, pois, dentro do sistema e do Estado Democrático de Direito, as possibilidades de representação e defesa de direitos alheios estão, em geral, associadas à manifestação de vontade do próprio titular, diretamente, como, por exemplo, através do voto, ou indiretamente, quando o representante, mediante lei, outra eleição ou substabelecimento, confere a terceiro os poderes recebidos¹²⁰.

and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws”.

¹²⁰ A Suprema Corte dos Estados Unidos, ao julgar o caso *Hansberry v. Lee*, em 1940, teve a oportunidade de traçar o paralelo entre o princípio constitucional do devido processo legal e os limites subjetivos da coisa julgada, tendo manifestado que os limites internos podem ser excepcionalmente rompidos, nas *class actions*, sem prejuízo da norma prevista na Carta Magna, desde que haja, de fato a presença de certos requisitos, dentre os quais a adequada representação:

“It is a principle of general application in Anglo-American jurisprudence that one is not bound by a judgment in personam in a litigation in which he is not designated as a party or to which he has not been made a party by service of process. Pennoyer v. Neff, 95 U.S. 714, 24 L.Ed. 565. A judgment rendered in such circumstances is not entitled to the full faith and credit which the Constitution and statute of the United States prescribes, and judicial action enforcing it against the person or property of the absent party is not that due process which the Fifth and Fourteenth Amendments require.

To these general rules there is a recognized exception that, to an extent not precisely defined by judicial opinion, the judgment in a ‘class’ or ‘representative’ suit, to which some members of the class are parties, may bind members of the class or those represented who were not made parties to it.

Sob outro ângulo, a regra tem, também, como escopo, que sejam impedidos os conluíus e acordos espúrios entre as partes representativas ou seus advogados e a parte adversa da classe.

A possibilidade de representação conferida pela lei só se justifica e se valida na medida em que for exercida devida e adequadamente. Conseqüentemente, estabeleceu o Estado, enquanto legislador, para os órgãos judiciais¹²¹, o dever de fiscalizar e zelar, a todo momento, pela observância da denominada representação adequada (*adequacy of representation*).

O controle judicial deve ser exercido em relação às *representative parties*¹²² e aos respectivos advogados¹²³. A intensidade da fiscalização leva em consideração se houve ou não autorização específica por parte dos membros da

It is familiar doctrine of the federal courts that members of a class not present as parties to the litigation may be bound by the judgment where they are in fact adequately represented by parties who are present, or where they actually participate in the conduct of the litigation in which members of the class are present as parties, or where the interest of the members of the class, some of whom are present as parties, is joint, or where for any other reason the relationship between the parties present and those who are absent is such as legally to entitle the former to stand in judgment for the latter."

¹²¹ A questão deve ser apreciada pelo tribunal de primeira instância e é revista apenas nos casos de abuso de discricção, segundo Robert H. Klonoff, op. cit, p. 38.

¹²² Muitos tribunais não aceitam que a mesma pessoa funcione como parte e advogado nas *class actions*, como demonstram os julgados em *Wagner v. Taylor*, 836 F.2d. 578 (D.C.Cir. 1987), *Zylstra v. Safeway Stores, Inc.*, 578 F.2d 102 (5th Cir. 1978) e *Brick v. CPC International, Inc.*, 547 F.2d 185 (2d Cir. 1976).

¹²³ Vide, nesse sentido, os casos *Korn v. Franchard Corp*, 456 F.2d 1206 (2d Cir. 1972) e *Twyman v. Rockville Housing Authority*, 99 F.R.D. 314 (D.Md. 1983).

classe, bem como a autoridade que sobre estes é exercida pelas partes presentes¹²⁴.

Na apreciação do requisito, os tribunais costumam aferir vários fatores. Mais do que a quantidade de litigantes presentes, para a certificação, importa a qualidade da defesa dos interesses da classe. Em relação às partes representativas, são considerados o comprometimento com a causa, a motivação e o vigor na condução do feito, o interesse em jogo, as disponibilidades de tempo e a capacidade financeira, o conhecimento do litígio, honestidade, qualidade de caráter, credibilidade e, com especial relevo, a ausência de conflito de interesse.

No que diz respeito ao advogado, são levadas em consideração várias questões, dentre as quais a qualificação profissional, especialização na área, a experiência com ações coletivas, a qualidade dos escritos submetidos ao tribunal e a *performance* na causa como um todo, o relacionamento com a parte, cumprindo com o seu dever de comunicação e esclarecimento dos membros presentes da classe, a estrutura e a capacidade do escritório para patrocinar o litígio, a conduta ética e os antecedentes, bem como a existência de conflitos de interesse.

A ausência de representação adequada poderá propiciar a decretação de invalidade ou declaração de ineficácia do julgado proferido na *class action* em relação ao membro ausente¹²⁵. Não por outra razão, a objeção é freqüentemente levantada pela parte adversária da classe. Perfunctoriamente,

¹²⁴ *Mason v. Garriss*, 360 F.Supp. 420 (N.D.Ga. 1973) e 364 F.Supp. 452 (1973), e *Anderson v. City of Albany*, 321 F.2d 649 (5th Cir. 1963).

pode parecer uma anomalia, mas, no fundo, o réu estará objetivando defender os seus próprios interesses, seja porque o acatamento da alegação ocasionará a extinção do processo sem o julgamento do mérito, seja para garantir a efetividade da vitória, em caso de improcedência do pedido. Pois, neste caso, a representação inadequada desvincularia os membros ausentes da classe em relação à coisa julgada, que ficaria com a sua eficácia limitada às partes processuais, tal qual ocorre nas ações individuais. Logo, tornar-se-iam inócuos praticamente todos os investimentos e esforços empreendidos em razão do espectro supraindividual inicialmente delineado¹²⁶.

Por outro lado, se constatada ao longo do processo, poderá ser corrigida, com a supressão do motivo ensejador da falta ou, ainda, com o reforço ou substituição dos *representative parties*. Para tanto, os tribunais poderão se valer, inclusive, dos poderes conferidos especificamente na *Rule 23(d)*, ordenando, em particular, a comunicação dos demais membros da classe, para que fiquem não apenas cientes da causa, mas para que possam se manifestar sobre a regularidade e adequação da representação, bem como para exercerem a supervisão sobre o feito.

4.2.3. As espécies de *class actions*

¹²⁵ Veja *Gonzáles v. Cassidy*, 474 F.2d 67 (5th Cir. 1973).

¹²⁶ O elemento custo é particularmente considerado pelas partes, nas *class actions*, tendo em vista a repercussão quantitativa dos acordos e julgados, bem como as despesas elevadas com a produção de provas e honorários advocatícios.

A Regra 23(b) apresenta novas exigências, em acréscimo às anteriormente analisadas¹²⁷, para que possa haver a manutenção, ou seja, o prosseguimento do processo, da *class actions*. Os requisitos encontram-se, todavia, divididos em três seções – b(1), b(2) e b(3) – e não são cumulativos entre si. No caso, de b(1)¹²⁸, o dispositivo reparte-se, ainda, em dois – b(1)(A) e b(1)(B).

O agrupamento das condições propicia a classificação das ações de classe, segundo as características decorrentes das exigências, como se verá a seguir, em três ou quatro espécies de *class actions*, conforme sejam reunidas ou afastadas as subdivisões contidas em b(1). A subsunção poderá ocorrer, eventualmente, a mais de uma regra e, por conseguinte, a mais de uma espécie de *class action*. Mas, a certificação¹²⁹ deve indicar apenas a categoria mais apropriada, levando-se em consideração que o procedimento e a sistemática,

¹²⁷ *Supra*, 4.2.2.

¹²⁸ “Rule 23(b): Class Actions Maintainable. An action may be maintained as a class action if the prerequisites of subdivision (a) are satisfied, and in addition:

(1) the prosecution of separate actions by or against individual members of the class would create a risk of

(A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual members of the class which would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class; or

(B) adjudications with respect to individual members of the class which would as a practical matter be dispositive of the interests of the other members not parties to the adjudications or substantially impair or impede their ability to protect their interests; or”.

¹²⁹ Pronunciamento que permite a manutenção da ação como de classe, encerrando, assim, a fase prévia de admissibilidade da demanda coletiva.

pertinentes às espécies de ações de classe, não são sempre comuns e uniformes¹³⁰.

4.2.3.1. As ações de classe para compatibilidade de conduta – Rule 23(b)(1)(A)

A regra 23(b)(1)(A) estabelece que o feito será mantido como de classe, se o processamento de ações separadas, por iniciativa ou em face de indivíduos membros da classe, for capaz de criar o risco de pronunciamentos judiciais inconsistentes ou variados (contraditórios), no que diz respeito aos integrantes da classe, que pudessem estabelecer padrões incompatíveis de conduta para a parte que se opõe à classe.

Como apontado por diversos autores americanos¹³¹, o critério adotado na *Rule 23(b)(1)(A)* guarda semelhança com o esposado na exigência de litisconsórcio necessário, conforme previsto na Regra 19(a)(2)(ii)¹³². Mas, em

¹³⁰ As diferenças são, na verdade, muito grandes e alteram substancialmente o tratamento, em relação a diversas questões como, por exemplo, à possibilidade ou não de exclusão (*opt-out right*) ou à obrigatoriedade de notificação dos demais membros da classe (*notice*).

¹³¹ Dentre outros: Richard L. Marcus e Edward F. Sherman, obra citada, p. 291, e Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane e Arthur R. Miller, *op. cit.*, p. 747, n. 47.

¹³² “*Rule 19. Joinder of Persons Needed for Just Adjudication*

(a) Persons to be Joined if Feasible.

A person who is subject to service of process and whose joinder will not deprive the court of jurisdiction over the subject matter of the action shall be joined as a party in the action if (1) in the person's absence

razão da impossibilidade ou dificuldade de formação do litisconsórcio, com a reunião dos interessados, tendo em vista a numerosidade, coloca-se a *class action* como solução mais viável e econômica¹³³.

A ação coletiva prevista na regra 23(b)(1)(A) é chamada de “*incompatible standards*” *class action*, pois o risco de incompatibilidade no padrão de conduta, decorrente de pronunciamentos judiciais, é, na verdade, o requisito fundamental de admissibilidade. Por conseguinte, o que se pretende, normalmente, neste tipo de *class action*, é a determinação no sentido de que a parte contrária faça ou deixe de fazer alguma coisa (*mandatory or prohibitory relief*)¹³⁴ ou que haja a manutenção ou alteração do *status quo*.

Cabíveis são, portanto, na espécie, providências de natureza mandamental (ou condenatórias de fazer ou não fazer) e constitutivas. Nestas últimas, a incompatibilidade resultaria não propriamente da conduta, mas do resultado jurídico decorrente da decisão judicial, pois, como exemplificado nas

complete relief cannot be accorded among those already parties, or (2) the person claims an interest relating to the subject of the action and is so situated that the disposition of the action in the person's absence may (i) as a practical matter impair or impede the person's ability to protect that interest or (ii) leave any of the persons already parties subject to a substantial risk of incurring double, multiple, or otherwise inconsistent obligations by reason of the claimed interest. If the person has not been so joined, the court shall order that the person be made a party. If the person should join as a plaintiff but refuses to do so, the person may be made a defendant, or, in a proper case, an involuntary plaintiff. If the joined party objects to venue and joinder of that party would render the venue of the action improper, that party shall be dismissed from the action.”

¹³³ Stephen C. Yeazell, *op. cit.*, p. 246.

¹³⁴ A distinção entre ações mandamentais e condenatórias de obrigações de fazer ou não fazer não é, no caso, relevante, na medida em que a inexistência ou existência de execução própria aparentemente não representa maiores problemas na espécie.

notas do Comitê Consultivo da reforma de 1966, não se poderia admitir ações singulares e, conseqüentemente, pronunciamentos diversos, diante de um litígio em torno da validade ou não de um empréstimo realizado pela municipalidade. Da mesma forma, se estivesse em jogo a legalidade ou invalidade de um tributo. O conflito poderia ocorrer, igualmente, em termos de demandas mandamentais, quando vizinhos pedissem determinações proibitivas em relação a determinado proprietário de terra, em razão da perturbação da paz ou da tranqüilidade. Pode-se, perfeitamente, imaginar a confusão que seria se fossem propostas ações individuais, quando um juiz julgasse procedente o pedido e outro improcedente. Conseqüentemente, o proprietário não poderia, segundo o primeiro pronunciamento, continuar a agir como anteriormente, mas, ao mesmo tempo, estaria autorizado, pela outra decisão, a prosseguir com a conduta previamente estabelecida. Ou, ainda, a limitações inconciliáveis, como, *e. g.*, a fixação, por cada um dos julgados, de horários diferentes de silêncio. Por conseguinte, o réu poderia ser proibido de fazer determinado barulho após às oito horas da noite e, em outro processo, apenas depois das dez.

A simples formulação de pedidos de indenizações, distintos e independentes, decorrentes de direitos individuais homogêneos, não enseja a admissibilidade das “*incompatible standards*” *class actions*. Em primeiro lugar, porque eventuais decisões diferentes poderão surgir em função de situações individuais diversas. E, por outro lado, porque, ainda que as semelhanças predominem, os pronunciamentos divergentes, versando sobre condenação de obrigação de pagar, em relação a pessoas distintas, não significam decisões conflitantes.

A “*incompatible standards*” *class action* guarda, assim, certa semelhança com a ação coletiva para a defesa dos interesses difusos ou coletivos

do direito brasileiro, no que diz respeito à indivisibilidade, material ou jurídica, do direito tutelado¹³⁵.

A *class action* da *Rule 23(b)(1)(A)*, por buscar a tutela de interesse coletivo em sentido estrito, é considerada como cogente¹³⁶. A afirmativa, dentro da sistemática norte-americana, deve ser interpretada sob o ponto de vista de que a lide não poderia ser resolvida no âmbito de múltiplas ações individuais. Não fica, todavia, afastada peremptoriamente a solução tradicional do litisconsórcio necessário, por força da regra 19, como anteriormente mencionado, que haveria de oferecer resultado uniforme para todos os litisconsortes, diante da indivisibilidade do direito. Nessa direção, deve ser lida a aparente facultatividade decorrente do texto legal – que, se utiliza, no *caput* da seção (b), do verbo auxiliar “*may*” e não de outros como “*must*” ou “*have to*”, indicando, assim, permissibilidade. Por outro lado, a situação fática é praticamente a mesma da prevista na *Rule 19*, não sendo, portanto, em tese, impossível, mas, sim, desaconselhável diante da *numerosity*, a incidência do litisconsórcio, ao invés da ação de classe. A indispensabilidade não vem sendo apontada, da mesma forma, pela balizada doutrina, que, ao se referir à espécie, faz uso de termos – como, por exemplo, “*allows*”¹³⁷ ou “*permits*”¹³⁸ –, que igualmente acenam para a facultatividade relativa. Por fim, cabe mencionar, ainda, a observação contida nas notas do conselho consultivo para a elaboração da *Rule 23*, segundo a qual o

¹³⁵ Nesse sentido, Antonio Gidi, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 240.

¹³⁶ Vide Ada Pellegrini Grinover, *Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade*, p. 23.

¹³⁷ Richard L. Marcus e Edward F. Sherman, *op. cit.*, p. 291.

¹³⁸ Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane e Arthur R. Miller, *op. cit.*, p. 747.

“class action device can be used effectively to obviate the actual or virtual dilemma which would thus confront the party opposing the class”.

Ajuizada, admitida e mantida, entretanto, a *class action*, com fulcro na regra 23(b)(1)(A), a vinculação dos membros da classe ao *decisum* coletivo é absoluto. Conseqüentemente, não poderá qualquer interessado requerer a sua exclusão (*opt-out*) dos efeitos da coisa julgada.

4.2.3.2. As ações de classe da Rule 23(b)(1)(B)

A segunda categoria de ação de classe leva em consideração o risco de julgamentos, proferidos em benefício de indivíduos membros da classe, que estariam, na prática, dispondo dos interesses de outros integrantes da classe, que não são partes no processo, ou prejudicando substancialmente ou impedindo a capacidade de proteção dos seus interesses.

A regra 23(b)(1)(B) pode ser invocada, por exemplo, se membros de uma classe estiverem perseguindo o pagamento de quantias compensatórias, que seriam subtraídas de um fundo comum limitado. Portanto, se porções do fundo forem distribuídas em ações individuais, com base na precedência dos processos, o patrimônio poderá estar completamente exaurido, retirando, assim, na prática, de parte dos membros da classe, que também detinham direitos da mesma espécie, a oportunidade de tutela dos seus respectivos interesses.

No âmbito do direito comercial, o Comitê Consultivo da reforma de 1966 previu a utilização da regra ora comentada para litígios versando sobre o direito a dividendos, pois a repartição dos lucros, no caso, deveria ser feita coletivamente e não apenas em benefício de acionistas que figurem como autores de ações individualmente propostas. É interessante notar que, na espécie, se pode facilmente traçar um paralelo com outras hipóteses, como a distribuição de dividendos, também, em razão da liquidação de sociedade ou do rateio falimentar, respectivamente, para os sócios ou interessados e credores.

A categoria poderá ser empregada mesmo quando ausente o fundo comum limitado. Como igualmente mencionado nas notas do *Advisory Committee*, uma determinação judicial negativa ou positiva (*negative or mandatory injunction*), obtida por um dos membros da classe, pode ser capaz de impossibilitar ou afetar o cumprimento de obrigações relacionadas com outras pessoas. Assim, o pronunciamento judicial sobre os “*clarances and runs*”¹³⁹ de um filme, que, sob o prisma dos limites subjetivos da coisa julgada, afetaria formalmente apenas um exibidor, teria, freqüentemente, efeitos práticos sobre todos os demais estabelecimentos de cinema da mesma área territorial.

Na espécie prevista sob a regra 23(b)(1)(B), nomeada de “*limited fund*” class action, por alguns autores¹⁴⁰, também não há a possibilidade de desvinculação individual (*opt-out*), em razão do seu caráter obrigatório.

¹³⁹ No contrato de exibição de filmes, é o intervalo de tempo entre a conclusão da exibição, em um cinema, e o início da apresentação em outro estabelecimento.

¹⁴⁰ Vide Robert H. Klonoff, *op. cit.*, p. 54, e Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane e Arthur R. Miller, *op. cit.*, p. 294.

4.2.3.3. As ações de classe da Rule 23(b)(2)

A regra 23(b)(2) prevê que, quando a parte adversa da classe tiver agido ou se recusado a agir, com fundamento, em geral, aplicável à classe, tornar-se-á apropriado que o remédio jurídico final, da condenação de fazer ou não fazer (*injunctive relief*) ou da correspondente sentença declaratória (*declaratory relief*), seja adotado para a classe como um todo¹⁴¹.

A presente categoria não é extensível aos casos em que a pretensão definitiva está relacionada, exclusiva ou predominantemente, com a condenação pecuniária por danos, cuja persecução encontra guarida especialmente na regra 23(b)(3), como será visto a seguir, mas, sim, para as injunções e declarações judiciais. Todavia, o simples fato de que o autor está a pedir a concessão de indenizações, além da condenação de fazer ou não fazer ou do pronunciamento declaratório, não enseja o afastamento da hipótese em comento, desde que o pedido pecuniário seja visto como incidental¹⁴².

¹⁴¹ Rule 23(b)(2) “the party opposing the class has acted or refused to act on grounds generally applicable to the class, thereby making appropriate final injunctive relief or corresponding declaratory relief with respect to the class as a whole;”

¹⁴² Como decidido em *Eubanks v. Billington*, 110 F3d. 87 (DC.Cir. 1997). Vide Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane e Arthur R. Miller, *op. cit.*, p. 749, Robert H. Klonoff, *op. cit.*, p. 65-68, e a respectiva nota do *Advisory Committee*.

A ação deverá ser certificada como coletiva, considerando-se tanto o ato concreto dirigido a membros da classe, que denote um padrão de atividade, quanto nos casos da parte demandada ter estabelecido um esquema de regulamentação que afete o grupo. Não é necessário, contudo, que todos os integrantes da classe sejam diretamente afetados ou se sintam ameaçados pela conduta¹⁴³.

A maioria dos processos instaurados nesta categoria refere-se a litígios relacionados com direitos civis (*civil rights*) ou com base em outros direitos fundamentais de natureza constitucional, embora o tipo não seja cabível apenas nestas hipóteses.

No âmbito dos *civil rights*, constantes são os casos de discriminação racial, religiosa e sexual. Na esfera do direito comercial e da proteção ao consumidor, v. g., a 23(b)(2) *class action* pode, igualmente, encontrar aplicação. Como ilustrado nas *Advisory Committee Notes*, compradores poderão ajuizar uma ação, em face do vendedor, diante da venda por preço superior de mercadorias que foram negociadas a valores inferiores para outros varejistas, quando o direito aplicável, por força de lei ou contrato, proíba a cotação diferenciada. Da mesma forma, se o detentor de privilégio sobre determinada máquina, for acusado de vender ou licenciar a máquina, condicionando a compra ou a autorização à aquisição ou obtenção de outras licenças de máquinas acessórias não patenteadas. O vendedor ou cedente da licença poderia ser coletivamente demandado, tanto por consumidores ou

¹⁴³ Veja *Advisory Committee Notes, Johson v. American Credit Co. of Georgia*, 581 F2d. 526 (5th Cir. 1978), *Hess v. Hughes*, 500 F.Supp. 1054 (D.Md. 1980) e Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane e Arthur

licenciados, como por concorrentes, em razão da condição imposta (negócio casado).

4.2.3.4. A ação de classe em razão de questão comum ou indenizatória: a Rule 23(b)(3)

A ação será admitida, nos termos da regra 23(b)(3), se a corte decidir que as questões, de direito ou de fato, comuns aos componentes da classe predominam¹⁴⁴ em relação às que dizem respeito apenas aos membros individuais; e que a ação coletiva é superior aos demais métodos disponíveis para o julgamento justo e eficiente da controvérsia. As matérias pertinentes à decisão abrangerão: (A) o interesse dos integrantes do grupo em controlar individualmente a persecução ou defesa em ações separadas; (B) a extensão e a natureza de qualquer litígio, concernente à controvérsia, já começado por iniciativa ou em face de membros da classe; (C) a conveniência ou inconveniência em concentrar a contenda das pretensões em determinado tribunal; (D) as dificuldades que provavelmente serão enfrentadas no processamento da ação de classe¹⁴⁵.

R. Miller, *op. cit.*, p. 749.

¹⁴⁴ Ada Pellegrini Grinover, *Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade*, p. 22 e ss., preferiu usar a expressão “prevalecem”.

¹⁴⁵ Rule 23(b)(3): “*the court finds that the questions of law of fact common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for the fair and efficient adjudication of the controversy. The matters pertinent to the findings include: (A) the interest of members of the class in individually controlling the prosecution*

Assim sendo, a viabilidade da presente *class action* estará, básica e inicialmente, calcada sobre o binômio da “predominância”, ou |“prevalência”, das questões comuns sobre as individuais, e da “superioridade” da ação coletiva em relação às demais possibilidades processuais¹⁴⁶.

Como assinalado nas *Advisory Committee Notes*, a subdivisão (b)(3) da regra 23 engloba casos nos quais a ação de classe possibilita a economia de tempo, de esforços e de despesas, promovendo uniformidade de decisão para pessoas situadas em situação similar, sem que haja o sacrifício da imparcialidade processual ou a produção de resultados indesejáveis.

A espécie sob comento está especialmente norteadada pelos princípios do acesso à justiça e da economia processual¹⁴⁷, mas, na sua aplicação prática, não pode deixar de lado o incremento de valores, não menos importantes, como o do devido processo legal e do amplo direito de defesa. A apreciação dos requisitos é informada por todos esses valores e princípios.

Portanto, a economia pretendida só poderá ser efetivamente alcançada se houver a prevalência de questões comuns à classe, pois, do contrário, tornar-se-á o processo verdadeiro labirinto, diante do emaranhado de

or defense of separate actions; (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already commenced by or against members of the class; (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; (D) the difficulties likely to be encountered in the management of a class action”.

¹⁴⁶ Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover, *op. cit.*, p. 23 e ss.

¹⁴⁷ Ada Pellegrini Grinover, *op. cit.*, p. 24.

alegações, defesas e provas essencialmente individuais ou, então, não se atendo às relevantes peculiaridades, transformar-se-á em solução, talvez célere, porém extremamente injusta.

A distinção, em termos de predominância, não deve ser feita de modo apriorístico. Como ilustrado nas *Advisory Committee Notes*, o ressarcimento de prejuízos decorrentes de fraudes pode ter ou não a prevalência de elementos comuns. Dentro desse ponto de vista, haverá predominância se a fraude tiver sido perpetrada em relação a várias pessoas, com o uso de semelhantes ardis, como declarações falsas, embora haja a necessidade, se houver a condenação, de se determinar, em separado, os danos sofridos pelos indivíduos da classe enganada. Por outro lado, embora possua questões comuns, um caso de fraude pode ser inadequado ao tratamento como *class action*, se houve variação material na representação feita ou se são de espécies ou graus diversos a relação de confiança para com as pessoas individualmente afetadas.

A aferição da superioridade é realizada sob o método comparativo, devendo o intérprete, por conseguinte, verificar a existência de outros procedimentos adequados no sistema processual norte-americano¹⁴⁸, bem como se seriam mais ou menos vantajosos para o caso concreto. Registre-se, contudo, que, sob o ponto de vista da uniformidade de julgamentos e da preservação do

¹⁴⁸ Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane e Arthur R. Miller, *op. cit.*, p. 750-751, mencionam exemplos que vão do estrito processamento individual até o estabelecimento de um processo modelo ou teste (*test case*), passando pelo “*joinder of the absent class members through interpleader or intervention, consolidation of separate cases for common adjudication, transfer to a single court for consolidated and coordinated pretrial activities, remitting the matter to an administrative body*”.

princípio da igualdade diante da lei, a *common law* conta, ainda, na espécie, com os préstimos do sistema de precedentes vinculativos (*stare decisis*).

A fixação de parâmetros e limites, para a verificação da predominância de questões comuns e da superioridade da ação coletiva, não tem sido tarefa fácil ou pacífica, na doutrina e nos tribunais. Evoluções e involuções chegam mesmo a ocorrer quanto a determinados temas. Preocupações e argumentos de natureza jurídica confluem, muitas vezes, com outros no âmbito econômico e político.

Com certeza, o tema mais polêmico tem sido o da admissibilidade das *class actions* em sede de responsabilidade civil por ato ilícito, quando um massivo número de pessoas é lesado (*mass torts*). As *Advisory Committee Notes* dispunham, de forma expressa, que um acidente de massa que resultasse em danos para numerosas pessoas, não seria, normalmente, apropriado para uma *class action*, porque questões significativas, não apenas sobre o montante da indenização, mas, também, no que diz respeito à responsabilidade e às respectivas defesas, poderiam estar presentes, afetando os indivíduos de diversas maneiras. Nestas circunstâncias, segundo o comitê consultivo, uma ação de classe degeneraria, na prática, em julgamentos múltiplos e separados. No período compreendido entre a entrada em vigor da nova regra 23, em 1966, e meados da década de 80, prevaleceu a orientação formulada pelo *Advisory Committee*, embora algumas cortes federais de primeira instância tenham, a partir do final dos anos 70, começado a admitir as chamadas *mass tort class actions*. As decisões permissivas foram, no entanto, cassadas¹⁴⁹.

¹⁴⁹ Vide Robert H. Klonoff, *op. cit.*, p. 218 e ss.

A partir da metade dos anos 80, inicia-se certa tendência modificativa entre influentes autores e juízes. O entendimento anterior comportou, inclusive, autocríticas, por parte de membros do *Advisory Committee* de 1966, como a realizada pelo Professor Charles Alan Wright:

*“I was an ex officio member of the Advisory Committee on Civil Rules when Rule 23 was amended, which came out with an Advisory Committee Note saying that mass torts are inappropriate for class certification. I thought then that was true. I am profoundly convinced now that that is untrue. Unless we can use the class action and devices built on the class action, our judicial system is not going to be able to cope with the challenge of the mass repetitive wrong.”*¹⁵⁰

Nos tribunais, podem ser mencionados, como ilustrativos da nova posição, os casos *Jenkins v. Raymark Industries*¹⁵¹, versando sobre danos pessoais causados pelo amianto (asbesto); *In re “Agent Orange” Product Liability Litigation*¹⁵², no qual ex-combatentes no Vietnam, bem como suas esposas, pais e filhos, pediam indenizações pelos prejuízos decorrentes da exposição ao agente esfoliante, tendo o governo americano alegado que estaria imune à responsabilidade, na medida em que a arregimentação ocorrera em razão

¹⁵⁰ Richard L. Marcus e Edward F. Sherman, op. cit, p. 321.

¹⁵¹ 782 F.2d 468 (5th Cir.1986).

¹⁵² 818 F.2d 145 (2d Cir.1987).

da atividade militar, o que acabou sendo uma questão comum central; *Biechele v. Norfolk and Western Railway Company*, por danos causados pela poluição proveniente da poeira de carvão aos habitantes de região próxima à mina; e *Pruitt v. Allied Chemical Corporation*, processo em que houve o desmembramento por subclasse, conforme previsto na *Rule 23(c)(4)(B)*, em que um conjunto de cerca de 30.000 pessoas, dentre pescadores, comerciantes, veranistas e outros, foi lesado pela descarga de material químico altamente tóxico, durante longo tempo, na Baía de Chesapeake¹⁵³.

Robert H. Klonoff aponta, no entanto, a existência de recente tendência céptica, que ganhou força nos dos anos 90, diante dos casos de *mass tort class actions*. Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane e Arthur R. Miller afirmam, no entanto, que há dificuldades específicas para o cumprimento do requisito da predominância, nas ações de massa em que são pedidas indenizações por vício de produto (*products liability actions*)¹⁵⁴, opinião esta que é comungada, no Brasil, por Ada Pellegrini Grinover¹⁵⁵.

A análise dos principais casos, apontados como ilustrativos da crise ou de dificuldade específica, demonstra, todavia, a preocupação da jurisprudência no sentido de manter o equilíbrio entre a busca de soluções céleres, econômicas e ampliativas do acesso à justiça, e a preservação do direito de defesa, do devido processo legal e de soluções verdadeiramente justas e harmônicas.

¹⁵³ José Rogério Cruz e Tucci, obra citada, p. 29-30.

¹⁵⁴ Obra citada, p. 750.

Há que se ressaltar que, para a certificação com base na seção (b)(3), da regra 23, não se exige, apenas, a existência de uma questão comum, mas que esta seja prevalente e a defesa coletiva superior. A simples presença da *commonality* não pode afastar, por si só, a importância das situações e questões individuais, para se apurar, muitas vezes, a responsabilidade da parte passiva.

Nesse sentido, o julgamento de *Amchem Products, Inc. v. Windsor*, pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no ano de 1997, representou um marco. O caso foi certificado, na primeira instância, para fins de acordo em torno de uma ação, de âmbito nacional, visando indenizações decorrentes do produto amianto. Os juízes da Corte Suprema, entretanto, entenderam que as questões comuns, concernentes às consequências para a saúde provenientes da exposição ao asbesto, estariam excedidas em peso pelas indagações individuais postas, no que diz respeito aos membros da classe, diante da variação do nível de exposição, da diferença entre os produtos, da diversidade dos períodos de tempo em que houve contato com o amianto, bem como a variedade de danos sofridos e a existência de pessoas que não padeceram.

A repercussão do pronunciamento foi ainda maior, porque não se admitiu sequer a possibilidade da celebração de eventual transação coletiva. É de se notar que, nos Estados Unidos, assim como, em geral, nos países de *common law*, mas, também, em outros de *civil law*, tal qual a Alemanha, o funcionamento do Poder Judiciário chegar a estar, em grande ou na maior parte, calcado na celebração de acordos.

¹⁵⁵ *Op. cit.*, p. 26 e ss.

Nas *class actions*, o número chega a 90% das disputas resolvidas mediante transação¹⁵⁶. A falta de zelo na aferição dos requisitos para a admissibilidade e manutenção das *class action* pode acabar permitindo lesão ao princípio do devido processo legal, consubstanciada em quebra da isonomia e da própria capacidade de defesa da parte adversa da classe. Enseja, dessa forma, inseguranças e incertezas suscetíveis de resultarem no incremento de acordos que, em condições normais, seriam indesejáveis ou realizados em termos bem diversos. A conduta judicial desleixada com a boa técnica facilita a propositura de ações temerárias, por vezes acusadas e qualificadas de mera chantagem judicial (*judicial blackmail*)¹⁵⁷.

A preocupação com as questões individuais vem sendo, por vezes, sopesada em conjunto com as conseqüências econômicas decorrentes do tratamento coletivo, quando estas podem ser capazes de abalar ou destruir setores produtivos inteiros, como, por exemplo, alegado e admitido, pelos tribunais, nos processos *Rhone-Poulenc Rorer Inc. v. Home Indem. Co.*¹⁵⁸ e *Castano v. the American Tobacco Co*¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Vide Ada Pellegrini Grinover, *Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade*, p. 26.

¹⁵⁷ Ada Pellegrini Grinover, obra citada, p. 27.

¹⁵⁸ 51 F.3d 1293 (7th Cir.1995). Pretendia-se a indenização de hemofílicos infectados pelo vírus HIV, em todo o país, por companhias farmacêuticas, que comercializavam sangue sólido manufaturado.

¹⁵⁹ 84 F3d. 734 (5th Cir.1996). No caso *Castano*, a classe havia sido definida, inicialmente, pela corte de primeiro grau que havia certificado a *class action*, abrangendo todos os dependentes de nicotina dos Estados Unidos, que houvessem adquirido e fumado cigarros fabricados pelos réus, bem como os seus herdeiros, representantes e administradores, esposas, filhos, pais e outra pessoas significativas para os dependentes, como herdeiros ou sobreviventes, desde o ano de 1943.

O tratamento homogêneo encontra, por vezes, igualmente, razões no sistema federativo norte-americano, tendo em vista que os cinquenta Estados-membros possuem esfera significativa de atribuições, inclusive no âmbito legislativo, fazendo com que o tratamento coletivo regional ou nacional esbarre nas variações do direito (*variations in State Law*), tal qual, também, assinalado pelas 7ª e 5ª *Circuit Courts* nos casos Rhone-Poulenc e Castano¹⁶⁰.

Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane e Arthur R. Miller¹⁶¹ mencionam, entretanto, que, além da predominância das questões comuns e da superioridade da ação coletiva, em todas as *class actions* mantidas sob a subdivisão (b)(3), por força do previsto na regra 23(c)(2), o órgão judicial deverá ordenar que sejam os membros da classe notificados (*notice*), da melhor maneira possível dentro das circunstâncias, incluindo notificações pessoais para todos os componentes que possam ser identificados por meio de razoável esforço. A notificação deverá advertir a cada um dos membros que (A) o órgão judicial

¹⁶⁰ Consignou expressamente o acórdão do tribunal de apelação federal que a corte de primeiro grau havia abusado da discricção, relacionando, inclusive, as variações do direito com a falta de superioridade da ação de classe: “*The district court abused its discretion by ignoring variations in state law and how a trial on the alleged causes of action would be tried. Those errors cannot be corrected on remand because of the novelty of the plaintiffs’ claims. Accordingly, class treatment is not superior to individual adjudications. (...) The collective wisdom of individual juries is necessary before this court commits the fate of an entire industry or, indeed, the fate of a class of millions, to a single jury. For the foregoing reasons, we REVERSE and REMAND with instructions that the district court dismiss the class complaint*”, apud Richard L. Marcus e Edward F. Sherman, op. cit, p. 336-337.

¹⁶¹ Obra citada, p. 749. Na nota 63, em particular, defendem a inclusão da exigência de notificação, como um dos três requisitos, embora não previsto especificamente na regra 23 (b)(3), porque inúmeros processos têm sido extintos, sem o julgamento do mérito, em razão da impossibilidade ou falta de disposição de informar os membros da classe sobre a ação, devendo, assim, segundo os autores, ser considerada como um dos requisitos para a manutenção da *common question class action*.

excluirá a pessoa da classe, caso a solicitação de afastamento seja requerida, pelo membro, dentro do prazo assinado; (B) o julgamento, se favorável ou não, vinculará todos os membros que não tenham requerido a exclusão; e (C) qualquer membro que não tenha requerido a exclusão poderá, se assim o desejar, intervir por meio de advogado.¹⁶²

¹⁶² Rule 23 (c)(2): “In any class action maintained under subdivision (b)(3), the court shall direct to the members of the class the best notice practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice shall advise each member that (A) the court will exclude the member from the class if the member so request by a specified date; (B) the judgment, whether favorable or not, will include all members who do not request exclusion; and (C) any member who does not request exclusion may, if the member desires, enter an appearance through counsel”.

Capítulo 5 – Itália

A Itália tem cumprido um papel de extrema relevância para a construção e o aprimoramento da tutela dos direitos coletivos. Essa importância não decorre, entretanto, de modo central, da sua experiência legislativa ou jurisprudencial, mas, principalmente da preocupação, do envolvimento e do brilhantismo dos juristas italianos no tratamento do tema¹⁶³.

5.1. Antecedentes históricos

No início do século, a Itália é o berço dos movimentos sociais e do direito do trabalho. A perspectiva de organização e intervenção coletiva enceta a associação operária e patronal, e dissemina, igualmente, novos estudos nas diversas áreas do conhecimento. Em 1911, Emilio Bonaudi escreve a obra *La tutela degli interessi collettivi*, em que aborda o tema no direito comparado, especialmente na França e Bélgica, dimensionando de modo amplo o problema, embora tenha se voltado, mais especificamente, para as manifestações do assunto

¹⁶³ Nesse sentido, Giuseppe Tarzia afirmou, em “*Legittimazione e partecipazione delle associazioni di categoria ai processi civili con rilevanza collettiva*”, p. 55, que o “*dibattito sulla tutela degli interessi collettivi si è svolto, per larga parte, in Italia come un dibattito necessariamente de jure condendo, nel quadro anche di approfondite indagini comparatistiche*”.

na esfera da justiça administrativa. Na ocasião, já notava que “*è ognor crescente la tendenza a sostituire l'azione della collettività a quella dei singoli, ogni qual volta quest'ultima si ravvisi insufficiente*”. Entretanto, Bonaudi sopesava que da insuficiência da defesa singular não se deveria ir para o extremo oposto, ou seja, a tirania dos grupos e organizações¹⁶⁴.

No ano seguinte, em 1912, é a vez de Ugo Ferrone incluir, no trabalho intitulado *Il processo civile moderno – fondamento progresso e avvenire*, rubrica específica sobre o assunto – “*le azioni di interesse generale e la tutela degli interessi collettivi*”, na qual afirmava que a tutela coletiva deveria ser, além de assumida diretamente pelo indivíduo, exercida pelos entes constituídos. Mas, o próprio autor ressaltava que, embora pudesse haver exemplos no processo penal e administrativo, era certo que o estado atual do direito positivo não permitia que a tutela do interesse coletivo fosse conferida ao indivíduo, assim como não era, tão pouco, deferida a outros entes ou associações. Todavia, a modificação do direito, na visão de Ferrone, seria inevitável e iminente, diante da necessidade da tutela coletiva: “*Occorre qui l'opera legislativa, la quale non potrà peraltro tardare*”.¹⁶⁵

Ugo Ferrone também considerava extremamente positivo o desenvolvimento da tutela dos interesses coletivos na legislação e jurisprudência francesas, mencionando, especialmente, casos que envolviam a admissibilidade de partes civis, em processos penais, como sociedades, tal qual ocorrera com uma de vinicultores, em face de um contraventor do comércio de vinho, e outra de

¹⁶⁴ Giuseppe Tarzia, *op. cit.*, p. 51-52.

¹⁶⁵ *Apud* Giuseppe Tarzia, obra citada, p. 52.

pesca, em relação a um infrator da lei pesqueira, além dos casos relacionados com os delitos praticados em detrimento das leis de proteção da indústria e do trabalho. Forçoso, assim, reconhecer que, na Itália e na França, a legitimação, no âmbito da defesa coletiva dos direitos, encontra precedente no processo penal, de modo mais amplo do que no civil propriamente dito.

5.2. O papel da doutrina italiana

Não obstante o caráter e o teor vanguardista das obras supramencionadas, o tema dos interesses coletivos ou difusos aparece com vigor nos anos 70¹⁶⁶, com autores como Vittorio Denti, Mauro Cappelletti, Andrea Proto Pisani, Vincenzo Vigoriti, Nicolò Trocker e Michele Taruffo, dentre outros, culminando com os congressos realizados em Pavia e Salerno, respectivamente nos anos 1974 e 1975.¹⁶⁷

Não se pode deixar de mencionar que o assunto foi, em certa parte, impulsionado pela decisão proferida pelo Conselho de Estado, no dia 9 de março de 1973, que reconheceu legitimação à associação ambientalista *Italia Nostra*, para impugnar um ato da província de Trento, autorizando a construção de uma auto-estrada na zona circundante do lago de Tovel. O julgado contrastava com

¹⁶⁶ Vide Ada Pellegrini Grinover, *Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos*, p. 17.

¹⁶⁷ Nesse sentido, Ugo Ruffolo, *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore: I – Il problema e il metodo – legittimazione, azione e ruolo degli enti associativi esponenziali*, p. 10 e ss.

uma longa série de pronunciamentos reiterados, nos quais se negava a possibilidade de defesa de interesses que não fossem exclusivamente individuais¹⁶⁸. Foi considerada, assim, como o grande precedente na direção de um tratamento mais generoso em relação aos interesses difusos, classificação esta que, na época, carecia, ainda mais, de precisa definição¹⁶⁹.

O acórdão do Conselho de Estado serviu para empolgar o pensamento dos processualistas italianos, muitos deles já voltados para o tema, principalmente em sede de teoria geral e de direito comparado. O congresso de Pavia, realizado em 11 e 12 de junho de 1974, contou, inclusive, com a presença e co-promoção da mencionada associação *Italia Nostra*, fato este assinalado especialmente por Denti, no seu pronunciamento de abertura.¹⁷⁰

5.3. As idéias precursoras de Mauro Cappelletti

A intervenção de Mauro Cappelletti, no congresso de 1974, é de grande importância para o tema da defesa dos direitos supra-individuais, tendo resultado em primoroso artigo intitulado “*Appunti sulla tutela giurisdizionale di*

¹⁶⁸ Vittorio Denti, *Relazione introduttiva*, p. 3 e ss.

¹⁶⁹ Vincenzo Vigoriti, *Metodi e prospettive di una recente giurisprudenza in tema di interessi diffusi e collettivi*, p. 305 e ss.

¹⁷⁰ Obra citada, p. 3.

interessi collettivi o diffusi”, reunido na coletânea das participações, publicada, em 1976, pela Universidade de Pavia.¹⁷¹

No trabalho, o catedrático da Universidade de Florença enuncia idéias, que correriam o mundo, influenciando gerações de processualistas e informando a atividade de vários legisladores.

5.3.1. A realidade contemporânea e os novos interesses coletivos

Cappelletti discorre, inicialmente, sobre a inadequação, para a sociedade contemporânea marcada por relações jurídicas e violações de massa, da tradicional dicotomia entre público e privado. Crescente, em quantidade e importância, assim, é a atividade relacionada com grupos, classes e categorias e não apenas com indivíduos isolados.

Surtem, portanto, os chamados interesses difusos ou coletivos¹⁷², que não pertenceriam às pessoas, singularmente consideradas, mas à

¹⁷¹ *Le azioni a tutela di interessi collettivi: atti del congegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1974).*

¹⁷² Os termos “difuso” e “coletivo” foram empregados por Mauro Cappelletti e pela doutrina italiana, em geral, como sinônimos. Como afirma Annamaria Angiuli, no livro *Interessi collettivi e tutela giurisdizionale: le azioni comunali e surrogatorie*, p. 26, “il riferimento alla nozione di ‘interesse diffuso’ è sembrato idoneo sulle prime ad indicare, per una convenzione terminologica che solo di recente può dirsi affermata, quelle situazioni nelle quali una pluralità indeterminata di soggetti, per essere effettivamente o potenzialmente interessata al godimento di uno stesso bene, avrebbe interesse a

coletividade. Nesse contexto, surgem novas situações, como, por exemplo, a do consumidor, que precisa se organizar em sociedades de consumidores, para se defender contra os abusos (assim como realizado pelos trabalhadores no início do século); a da proteção ao meio ambiente, que reclama solução não egoística; e a dos pequenos e médios acionistas, diante das sociedades por ações e de outros grupos de poder econômico.

5.3.2. A necessidade de adequação do direito processual à exigência de tutela dos interesses coletivos

Em razão da nova realidade e dos novos interesses, defende Cappelletti a necessidade de adequação do processo e dos institutos processuais às novas exigências. A própria idéia de “acesso à justiça” assumiria, aqui, igualmente, uma configuração diversa. O processo civil, classicamente concebido para a solução de conflitos privados, de natureza individual, passa a ter uma face mais voltada para a esfera pública, em razão dos interesses supra-individuais.

A transformação atinge também, o direito processual penal, que, embora já fosse instaurado principalmente a partir da iniciativa do Estado, mediante a atuação do Ministério Público, acabava se deparando, sobretudo, com crimes de tipo “individualista”, ou seja, que atingiam e confrontavam,

che l'azione amministrativa non si discosti dalle norme di legge compromettendo in concreto tale godimento”.

singularmente, a vida ou o patrimônio das pessoas, como no homicídio, no roubo e no furto. Mas, o direito penal, segundo o professor de Florença, já é e será, no futuro, coisa bem diversa, na medida em que outros bens passam a ser mais valorizados e efetivamente protegidos, como o ar, a água, o meio ambiente como um todo, os produtos e serviços consumidos etc. Cappelletti chegou mesmo a considerar inadequado o Ministério Público como defensor dos interesses coletivos no processo penal. Levantou, para tanto, novas possibilidades, como a da parte civil (ou privada) no processo penal, experimentada pelo direito francês, e o que chamou de Ministério Público privado, para traduzir a atuação do “*private Attorney General*”, na *relator action* dos países de *common law*¹⁷³.

Cappelletti criticou, ainda, a interpretação puramente individualista e tradicional, como a aplicada pelo Conselho de Estado, em 1972, ao caso da baía de Gaeta¹⁷⁴, no sentido de limitar a legitimação, para o exercício do direito de ação, somente às pessoas que tenham as suas situações subjetivas próprias, pessoais e individualmente atingidas, afastando, assim, na prática, o acesso dos interesses coletivos à justiça. Sobre o entendimento consagrado, teria anotado Alberto Romano que o mesmo representava a apologia da tese segundo a qual “*un interesse che appartiene a molti non appartiene a nessuno, nessuno lo può portare in giudizio*”.¹⁷⁵

¹⁷³ Obra citada, p. 194-196.

¹⁷⁴ Não foi reconhecida a legitimação para agir dos operadores turísticos do golfo de Gaeta, sob o argumento de que inexistia um interesse pessoal e diferenciado, como confirma Vittorio Denti, obra citada, p. 3-4.

¹⁷⁵ Mauro Cappelletti, *op. cit.*, p. 197.

5.3.3. As concepções processuais e as dificuldades políticas e psicológicas para a superação da visão tradicionalista

Estaria o processo civil, segundo o mestre italiano, entre duas concepções: a tradicional, que enxerga a relação processual, tão-somente, como a resolução do conflito entre Caio e Tício, e a nova, que procura construir um novo tipo de justiça, capaz de tutelar os direitos, mas, também, os novos interesses legítimos, que dizem respeito a setores, grupos, classes e coletividades inteiras. O rompimento com a visão tradicional esbarraria em dificuldades de ordem política, em razão das forças retrógradas, e de ordem psicológica, pois, como dizia Bertrand Russel, é muito mais fácil conservar do que inovar, pois requer muito menos esforço de imaginação, de ânimo e de inteligência.

5.3.4. As maiores dificuldades jurídicas para a realização do acesso à justiça dos interesses coletivos

Mauro Cappelletti relacionou quatro dificuldades, mais específicas, qualificadas de reais pelo autor, para assegurar o acesso à justiça dos interesses coletivos.

5.3.4.1. Legitimação

A primeira delas diz respeito ao problema da legitimação, pois, em regra, o processo não está aberto a quem não possua algum nexo com o objeto deduzido no litígio. Essa visão clássica precisaria, segundo o professor italiano, ser adequada, a fim de dar espaço para a tutela de caráter metaindividual. Permaneceria firme, todavia, a necessidade de serem fixados certos requisitos para a legitimação coletiva de agir, a partir de um conceito diferente e novo de legitimação, baseado “*in una relazione o connessione ‘ideologica’, anziché propriamente ‘giuridica’, fra la parte e il rapporto dedotto in giudizio*”.¹⁷⁶

O autor não seria portador principalmente do seu interesse jurídico individual, mas, sim, do interesse coletivo, comunitário, de grupo ou da classe. Embora deva se exigir que o *ideological plaintiff* (autor ideológico) esteja qualificado para a posto, porque, do contrário, poderão surgir abusos. Exemplificando, apontou o catedrático de Florença para a hipótese de uma associação que pretendesse defender processualmente, talvez até de maneira monopolista, os interesses coletivos dos consumidores, na qualidade de *ideological plaintiff*. Mas, se essa entidade fosse insuficientemente informada, negligente, pouco séria e nada perseverante, poderia estar sujeita até mesmo à colusão. Desse modo, seria um representante inadequado para a defesa dos consumidores. Impõe-se, portanto, o controle sobre a legitimação extraordinária. Sustenta Cappelletti, assim, que esse “*difensore della categoria, questo ‘campione’ del gruppo, dev’essere un buon campione, un buon paladino, sia esso un’associazione, sia esso un individuo che agisce non soltanto per sé, come attore o parte individualistica, ma come rappresentante di una collettività. È*

¹⁷⁶ Idem, ibidem, p. 200.

inevitabile quindi una selezione, sotto forma di richiesta di determinati requisiti di legittimazione”.¹⁷⁷

Como estabelecer, então, a seleção? A indagação, feita pelo estudioso de *Firenze*, tratou de afastar, logo de início, a possibilidade de se recorrer a esquemas tradicionais, com a fixação de requisitos, como o reconhecimento de personalidade jurídica pré-constituída de associação¹⁷⁸. Defendeu, pelo contrário, que o controle da legitimação fosse remetido para a larga margem de discricionariedade dos juízes, sendo esse o único modo capaz de dar resposta suficientemente realista e flexível para a imprevisível variedade de casos concretos¹⁷⁹. Por fim, anunciou novos tempos, em sede de legitimação para os interesses coletivos, sustentando a necessidade de um novo pluralismo, diante, inclusive, da multiplicidade de possibilidades e experiências vividas no contexto internacional, como, v. g., a do *private Attorney General*, nos países de *common law*, a das associações na Alemanha, com as *Verbandsklagen*, ou ainda a dos indivíduos, nas *class actions* americanas. Mas, será sempre necessário que

¹⁷⁷ Idem, ibidem, p. 201.

¹⁷⁸ Na oportunidade, afirmou que “*il requisito della personalità giuridica è una mera esteriorità, mentre va tenuto presente che assai spesso questo nuovo tipo di interessi di gruppo, di classe, di comunità sono interessi per i quali non è possibile avere un ente, sia pur privato ma con personalità giuridica preconstituata; assai spesso si tratta di bisogni e interessi nuovi (ad esempio, l’interesse di una collettività di opporsi alla costruzione di una fabbrica che sarebbe fonte di polluzione in una certa zona), interessi che emergono in quel momento e che non sempre possono trovare il loro paladino in enti preesistenti. Guardiamo dal tornare a schemi formali e paralizzanti!*”, obra citada, p. 201.

¹⁷⁹ “*Ritengo che questa discrezionalità sia inevitabile, e che debba pertanto consentirsi al giudice, caso per caso, a seconda delle concrete circostanze, di esaminare se una data parte sia un champion adeguato, se lo standing sia adeguato, se la legittimazione sia adeguata*”, op. cit., p. 201-202.

o juiz verifique se a parte, de fato, é, diante do caso concreto, um representante adequado para a defesa dos interesses coletivos.

5.3.4.2. As garantias processuais dos membros ausentes

O segundo problema, invocado por Cappelletti, diz respeito às garantias processuais, especialmente para os membros da coletividade que não se fazem presentes em juízo. Dever-se-á, portanto, superar o “garantismo” meramente individualista para se atingir uma garantia suficiente para o grupo, alcançável, também, essencialmente, mediante o requisito da representatividade adequada.

5.3.4.3. Os limites subjetivos e objetivos da coisa julgada

A terceira dificuldade está ligada aos efeitos da coisa julgada. Cappelletti critica a posição de se recorrer à idéia dos efeitos *secundum eventum litis*, ou seja, de que a decisão, se for favorável ao grupo, produzirá efeitos junto a todos, mas, do contrário, sendo contrária à parte coletiva, não ficará vedada a possibilidade de ajuizamento de novas ações. Para o autor italiano, a distinção não faz sentido, na medida em que os interesses coletivos estarão sendo

defendidos adequadamente, bem como em respeito à parte adversa, “*che non dev’essere sottoposto a ingiustificate paralizzanti molestie*”.¹⁸⁰

5.3.4.4. A necessidade de provimentos adequados para a tutela dos interesses coletivos

O quarto e último problema real está relacionado com a insuficiência de uma tutela essencialmente repressiva e monetária para a satisfação efetiva dos novos direitos e interesses coletivos. Impõe-se, assim, na visão de Cappelletti, a necessidade de formas mais variadas e eficazes de provimentos de caráter preventivo, com sanções fortes e adequadas, talvez também de caráter criminal, para o caso de inobservância.

5.4. A obra de Vincenzo Vigoriti

Em 1979, é publicada a obra de Vincenzo Vigoriti, denominada *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. O trabalho pode ser considerado como a monografia mais ampla e densa sobre o tema dos interesses

¹⁸⁰ Obra citada, p. 206.

coletivos, até então editada, não apenas na Itália, mas, também, em termos mundiais.

Vigoriti, que também compõe o quadro docente da Universidade de Florença, desenvolve o tema, inicialmente, sob o prisma da participação popular, princípio que encontraria fundamento constitucional. A ampliação da legitimação representaria, assim, o alargamento da participação através da prestação jurisdicional.

Na obra, o autor procura sistematizar o estudo do interesse coletivo. Em primeiro lugar, tentando definir o conceito de interesse coletivo. Nesse sentido, as características essenciais, para Vigoriti, seriam a consciência (*consapevolezza*) da dimensão coletiva e a organização para o persecução do objetivo comum: a “*relazione fra interessi diretti ad uno scopo comune arriva a dignità di ‘interesse collettivo’ quando è previsto un coordinamento delle volontà e delle iniziative dirette al perseguimento dello scopo*”.¹⁸¹

O tipo de interesse, bem como a natureza pública ou privada, não teria importância, na medida em que a vontade coletiva pode incidir sobre variados objetos, como a liberdade de religião ou um aumento salarial. Ao colocar a ênfase no aspecto volitivo e organizacional para a caracterização do interesse como coletivo, o jurista italiano critica, por outro lado, o estabelecimento da indivisibilidade do objeto como fundamento da esfera metaindividual: “*Fare dell’indivisibilità del bene il fondamento del collettivo significa ridurre il fenómeno ad un mero accadimento oggettivo, vuol dire in*

¹⁸¹ Vincenzo Vigoriti, *Interessi collettivi e processo: le legittimazione ad agire*, p. 60.

sostanza negare che moltissimi beni siano collettivamente perseguibili e, quindi implicitamente escludere che possa mai rilevare la dimensione superindividuale di certi interessi”.¹⁸²

Vincenzo Vigoriti preocupa-se, também, com a diferenciação entre os conceitos de coletivo e difuso. A organização passa a ser, para o autor da obra, o elemento distintivo entre os interesses coletivos e difusos, na medida em que estes últimos se referem a um estado mais fluido do processo de agregação dos interesses individuais, ou seja, no qual não se faz presente a coordenação das vontades singulares¹⁸³.

Embrenha-se o professor de Florença, em seguida, pelo tema da legitimação, a partir da orientação doutrinária e jurisprudencial em torno dos que são, normalmente, titulares do direito de agir individualmente, passando pelos critérios excepcionais e pela discussão em torno do problema de se demandar em face de interesses coletivos, e concluindo, ao fim, pela inadaptabilidade dos critérios tradicionais para fixação da legitimação em relação aos interesses coletivos.

Constrói, por conseguinte, um atraente sistema, calcado em três categorias de legitimação. Em primeiro lugar, haveria a legitimação de todas as pessoas titulares de interesses que estivessem confluindo no respectivo coletivo. Como exemplo, menciona as hipóteses contidas no art. 2.377 do Código Civil italiano, que prevê a possibilidade dos associados pleitearem a impugnação de

¹⁸² Vincenzo Vigoriti, obra citada, p. 17 e ss.

¹⁸³ Idem, ibidem, p. 61.

uma deliberação da assembléia, e no art. 10, inciso IX, da Lei n. 765, de 7 de agosto de 1967, concernente à ação popular em matéria de construção de edifícios¹⁸⁴.

Na segunda categoria, estariam legitimados, tão-somente, alguns dos titulares do interesse coletivamente reunido. Seria dessa espécie, segundo o mestre florentino, dentre outras, a legitimação dos sindicatos para proceder contra atos de conduta anti-sindical, nos termos do art. 28, do Estatuto dos Trabalhadores, porque a entidade estaria, no caso, defendendo, ao mesmo tempo, um direito seu, mas, também, os interesses alheios, quando, por exemplo, não reunisse empregados sindicalizados na fábrica em que fosse imputada a respectiva conduta ilegal¹⁸⁵.

Por fim, Vigoriti elenca a legitimação para agir em juízo dos entes ou órgãos públicos, marcando, no entanto, posição contundentemente contrária à defesa dos interesses coletivos pelo Ministério Público.

Sustenta, para tanto, duas considerações, sendo uma de caráter geral, no sentido de que a atuação do Estado só deve ser reclamada e chamada quando indispensável, tendo em vista, inclusive, os condicionamentos burocráticos e vínculos existentes¹⁸⁶. E, em segundo lugar, considerando a

¹⁸⁴ Idem, ibidem, p. 107-143.

¹⁸⁵ Vincenzo Vigoriti, *Interessi collettivi e processo: le legittimazione ad agire*, p. 145-234.

¹⁸⁶ Vincenzo Vigoriti, op. cit., p. 247-248: “*la presenza del pubblico ministero nel processo civile è espressione di quel modo, superato, di concepire gli interessi e la loro tutela che, per classica rappresentazione, fa cominciare lo Stato laddove finisce l’individuo. (...) La proposta di valorizzare le funzioni del pubblico ministero viene avanzata completamente trascurando i problemi della collocazione*

experiência prática da atuação do Ministério Público no processo civil, indicando que o órgão não estaria, aparentemente, disposto a exercitar novas funções, diante da atuação rara e, quando obrigatória, meramente formal, embora a lei já lhe reconheça a tutela de interesses de notável relevância social¹⁸⁷.

Por fim, estabelece Vigoriti uma dimensão comparativa, analisando a experiência norte-americana com as *class actions*. O reconhecimento e a admiração nutridos em relação ao modelo de tutela coletiva formulado nos Estados Unidos¹⁸⁸ surgem acompanhados, no entanto, do receio de que a Itália não consiga atingir, em pouco tempo, um padrão do mesmo tipo. Mas, ainda que o legislador italiano siga a mesma direção, dever-se-á, segundo o professor de Florença, evitar a concentração sobre o juiz de toda uma série de atribuições, “*che egli in questo momento non pare in grado di assolvere*”.¹⁸⁹

dell'organo, i condizionamenti burocratici e i vincoli che lo legano, di fatto se non di diritto, al potere, l'assenza di strumenti di controllo sociale della sua attività (e della sua inattività). In breve, l'attribuzione al pubblico ministero di compiti di tutela di situazioni di vantaggio complesse e delicate come quelle a dimensione superindividuale viene proposta prescindendo da una qualunque analisi della posizione istituzionale e delle effettive attitudini dell'organo che esercitare le nuove funzioni”.

¹⁸⁷ “*In secondo luogo, nel valutare le proposte di allargamento dei compiti del pubblico ministero non si può tener conto del fatto che questo organo, nell'esperienza, non appare assolutamente disposto ad esercitare quei poteri di iniziativa e di intervento in sede giurisdizionale civile già adesso riconosciutigli dalla legge a tutela di interessi di notevole rilevanza sociale. L'azione del pubblico ministero è evento estremamente raro; l'intervento obbligatorio è per lo più una formalità; quello facoltativo non viene mai esperito*”. Vincenzo Vigoriti, *op. cit.*, p. 249.

¹⁸⁸ “*Sono convinto che quella della clas action sia un'esperienza formidabile, indubbiamente la più avanzata nel campo della tutela degli interessi a dimensione superindividuale, da cui si possono trarre indicazioni di grande importanza*”, Vincenzo Vigoriti, *Interessi collettivi e processo: le legittimazione ad agire*, p. 287.

5.5. O quadro evolutivo e atual das ações coletivas na Itália

A adesão de doutrinadores, nos anos 70 e 80, não produziu, entretanto, reflexos de monta junto à jurisdição. A decisão tomada pelo Conselho de Estado, em 1973, admitindo a legitimidade da associação *Italia Nostra*, influenciou apenas alguns tribunais administrativos, mas, em geral, permaneceu substancialmente isolada, durante muitos anos. Além disso, o acórdão foi anulado pela Corte de Cassação, em maio de 1978.

Em termos normativos, a legitimação para os sindicatos, prevista no artigo 28, da Lei n. 300, de 1970, costuma ser apontada como importante precedente na introdução da tutela coletiva no direito positivo italiano¹⁸⁹. As associações sindicais podem, com fulcro no dispositivo, pedir a cessação da conduta anti-sindical e a remoção dos seus efeitos. As providências previstas possuem caráter essencialmente inibitório. Leciona Luiz Guilherme Marinoni¹⁹¹ que:

“A jurisprudência tem entendido que a tutela do art. 28 somente pode ser requerida quando o ilícito ainda está em ato.

¹⁸⁹ Vincenzo Vigoriti, obra citada, p. 287.

¹⁹⁰ Vincenzo Vigoriti, *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*, p. 157 e ss.

¹⁹¹ Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória (individual e coletiva)*, p. 235.

Porém, como dizem Rapisarda e Taruffo, o que importa para a admissibilidade da inibitória na hipótese do art. 28 do Estatuto do Trabalhador é a subsistência de um efetivo perigo de repetição ou de continuação da conduta ilícita.⁶⁹ Está correta, assim, a nosso ver a posição de Proto Pisani, que admite, preventivamente, a inibição de um comportamento anti-sindical análogo a outro já praticado e exaurido. Proto Pisani admite a tutela inibitória da atividade anti-sindical mediante a ordem de inibição de uma conduta que poderá ocorrer.⁷⁰

Marinoni informa, ainda, que a tutela inibitória da atividade anti-sindical possui disposição (art. 28, [4], do Estatuto do Trabalhador), que estabelece a sanção de privação da liberdade, nos termos do art. 650 do Código Penal, para o não-cumprimento da ordem judicial específica.

A natureza da legitimação dos sindicatos, para a cessação da conduta anti-sindical, é, no entanto, objeto de dissenso na doutrina. Por um lado, segundo Andrea Giussani¹⁹², o sindicato operaria como legitimado ordinário, a fazer valer um direito próprio e autônomo de repressão à conduta patronal ilícita. Mas, por outro, nada impede que a associação sindical possa agir, quando também não contar com associados na empresa, ficando, assim, segundo o autor italiano, configurada a defesa de direito alheio, ou seja, a legitimação extraordinária.

¹⁹² Andrea Giussani, *Studi sulle "class actions"*, p. 350 e ss.

Em termos de meio ambiente, a participação das associações recebeu impulso, embora modesto, com a edição da Lei n. 349, de 8 de julho de 1986, que prevê a possibilidade de intervenção tanto nos processos judiciais versando sobre indenização por danos ambientais, bem como de recorrer, em sede de jurisdição administrativa, contra os atos administrativos considerados ilegítimos, visando à sua anulação.¹⁹³ Para tanto, as associações de caráter nacional ou com estruturação em pelo menos cinco regiões devem estar registradas junto ao Ministério do Meio Ambiente, incumbido de baixar decreto relacionando, inclusive, a finalidade programática das entidades, o modo de disposição interna e o funcionamento democrático, conforme previsto nos respectivos estatutos¹⁹⁴.

¹⁹³ “Art. 18 (...) 3. L'azione di risarcimento del danno ambientale, anche se esercitata in sede penale, è promossa dallo Stato, nonché dagli enti territoriali sui quali incidano i beni oggetto del fatto lesivo. 4. Le associazioni di cui al precedente articolo 13 e i cittadini, al fine di sollecitare l'esercizio dell'azione da parte dei soggetti legittimati, possono denunciare i fatti lesivi di beni ambientali dei quali siano a conoscenza.

5. Le associazioni individuate in base all'articolo 13 della presente legge possono intervenire nei giudizi per danno ambientale e ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento di atti illegittimi.”

¹⁹⁴ Art.13- 1. Le associazioni di protezione ambientale a carattere nazionale e quelle presenti in almeno cinque regioni sono individuate con decreto del Ministro dell'ambiente sulla base delle finalità programmatiche e dell'ordinamento interno democratico previsti dallo statuto, nonché della continuità dell'azione e della sua rilevanza esterna, previo parere del Consiglio nazionale per l'ambiente da esprimere entro novanta giorni dalla richiesta.

2. Il Ministro, al solo fine di ottenere, per la prima composizione del Consiglio nazionale per l'ambiente, le tabelle di cui al precedente articolo 12, comma 1, lettera c), effettua, entro trenta giorni dall'entrata in vigore della presente legge, una prima individuazione delle associazioni a carattere nazionale e di quelle presenti in almeno cinque regioni, secondo i criteri di cui al precedente comma 1, e ne informa il Parlamento.”

A influência exercida pela União Européia sobre a legislação italiana, em termos de ações coletivas, pode ser demonstrada, inicialmente, com a incorporação das orientações contidas na Diretiva 93/13 ¹⁹⁵, do Conselho das Comunidades Européias, concernente às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores.

A Diretriz estabelece, na verdade, a necessidade da tutela inibitória para a proteção dos consumidores e, também, dos comerciantes concorrentes, diante de práticas ilegais. A inspiração surgiu, por certo, como anotado por Luiz Guilherme Marinoni¹⁹⁶, a partir da produção normativa alemã, consubstanciada, principalmente, nas leis contra a concorrência desleal (UWG – *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*), de 1909, com a modificação de 1965, e sobre as condições gerais de comércio (AGBG – *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*), de 1976.¹⁹⁷ Em ambas as leis alemãs, havia, também, a possibilidade da tutela inibitória coletiva, mediante a

¹⁹⁵ Vale a pena destacar, na Diretiva, o seu art. 7º: “1. Os Estados-membros providenciarão para que, no interesse dos consumidores e dos profissionais concorrentes, existam meios adequados e eficazes para pôr termo à utilização das cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores por um profissional. 2. Os meios a que se refere o n. 1 incluirão disposições que habilitem as pessoas ou organizações que, segundo a legislação nacional, têm um interesse legítimo na defesa do consumidor, a recorrer, segundo o direito nacional, aos tribunais ou aos órgãos administrativos competentes para decidir se determinadas cláusulas contratuais, redigidas com vista a uma utilização generalizada, têm ou não um caráter abusivo, e para aplicar os meios adequados e eficazes para pôr termo à utilização dessas cláusulas. 3. Respeitando a legislação nacional, os recursos previstos no n. 2 podem ser interpostos, individualmente ou em conjunto, contra vários profissionais do mesmo setor econômico ou respectivas associações que utilizem ou recomendem a utilização das mesmas cláusulas contratuais gerais ou de cláusulas semelhantes”.

¹⁹⁶ Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória (individual e coletiva)*, p. 236, nota 72.

¹⁹⁷ As duas leis serão estudadas no capítulo seguinte, sobre a República Federal da Alemanha.

propositura das propaladas *Verbandsklagen* (literalmente, ações associativas), que passaram a ser importante referencial no modelo de ações coletivas propostas por associações¹⁹⁸.

Em fevereiro de 1996, em cumprimento à Diretriz 93/13/CE, foram introduzidos no Código Civil italiano, depois do capítulo XIV do título II do livro quarto, novos dispositivos, dentre os quais o seguinte:

“Art. 1469-sexies – (Azione inibitoria) – Le associazioni rappresentative dei consumatori e dei professionisti e le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, possono convenire in giudizio il professionista o l’associazione di professionisti che utilizzano condizioni generali di contratto e richiedere al giudice competente che inibisca l’uso delle condizioni di cui sia accertata l’abusività ai sensi del presente capo.

L’inibitoria può essere concessa quando ricorrono giusti motivi di urgenza, ai sensi degli articoli 669-bis e seguenti del codice di procedura civile.

Il giudice può ordinare che il provvedimento sia pubblicato in uno o più giornali, di cui uno almeno a diffusione nazionale”.¹⁹⁹

¹⁹⁸ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, *Kollektiver Rechtsschutz im Prozessrecht und kollektive Klagen in Deutschland und Brasilien*.

Passam, portanto, as associações de consumidores, de profissionais e as Câmaras de Comércio, de Indústria, de Artesanato e de Agricultura, a estar legitimadas para perseguirem a tutela inibitória, de modo coletivo, para sustar condições contratuais abusivas. Note-se, ainda, que as associações profissionais também poderão figurar no pólo passivo.

Comentando a inovação, Filippo Danovi observou que a previsão reveste-se de particular importância, pois constituiu um reconhecimento ulterior da legitimação de agir, em sede civil, a cabo de órgãos coletivos, segundo um modelo até então pouco utilizado no sistema italiano, no qual o interesse suscitado na doutrina sobre o tema confronta, ainda hoje uma aplicação totalmente limitada no direito positivo²⁰⁰.

Em julho de 1998, foi editada a Lei n. 281, em conformidade com o tratado da União Européia e normas derivadas, disciplinando os direitos dos consumidores de produtos e serviços (*Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*).

A tutela coletiva passa a ter um novo *status* e tratamento com a nova lei de defesa dos consumidores. Ao estabelecer a finalidade e o objeto da lei, o art. 1º dispõe, agora, que são reconhecidos e garantidos os direitos e

¹⁹⁹ Apud Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória (individual e coletiva)*, p.236.

²⁰⁰ A transcrição foi feita, no original, por Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória (individual e coletiva)*, p. 236-237, nota 73.

interesses coletivos e individuais dos consumidores, com a promoção da tutela a nível nacional e local também sob a forma coletiva e associativa²⁰¹.

Para que as associações possam, no entanto, agir em conformidade com as normas editadas em 1998, a nova lei estabeleceu, no art. 5º, uma série de exigências, que, aparentemente, são suscetíveis de propiciar certo grau de dificuldade para a atuação das entidades. A mais importante diz respeito a um elenco (registro) de associações de consumidores de produtos e serviços, de âmbito nacional, junto ao Ministério da Indústria, cuja inclusão é pressuposto para o processo coletivo²⁰².

Para efetuar o registro, a associação precisa, além de juntar documentação a ser fixada por decreto do Ministro da Indústria, cumprir os

201 “Art. 1. Finalità ed oggetto della legge.

1. In conformita' ai principi contenuti nei trattati istitutivi delle Comunità europee e nel trattato sull'Unione europea nonché nella normativa comunitaria derivata, sono riconosciuti e garantiti i diritti e gli interessi individuali e collettivi dei consumatori e degli utenti, né è promossa la tutela in sede nazionale e locale, anche in forma collettiva e associativa, sono favorite le iniziative rivolte a perseguire tali finalità, anche attraverso la disciplina dei rapporti tra le associazioni dei consumatori e degli utenti e le pubbliche amministrazioni.

202 No último decreto de atualização do elenco de associações de consumidores de produtos e serviços, expedido pelo Ministério da Indústria da Itália, em 9 de novembro de 2000, e publicado no dia 1º de dezembro de 2000, encontravam-se apenas 13 entidades associativas de nível nacional. A relação compreendia os seguintes entes: ACU – Associazione consumatori utenti; ADICONSUM; ADOC - Associazione difesa orientamento consumatori; Centro tutela consumatori utenti Onlus Verbraucherzentrale Sudtirol; Cittadinanzattiva; CODACONS – Coordinamento delle associazioni per la tutela dell’ambiente e la difesa dei diritti di utenti e consumatori; Comitato consumatori - Altroconsumo; Confconsumatori; Federconsumatori - Federazione nazionale di consumatori e utenti; Lega consumatori; Movimento consumatori; Movimento difesa del cittadino; Unione nazionale consumatori. Vide Gazzetta Ufficiale n. 281.

seguintes requisitos: a) estar constituída há pelo menos três anos, por ato público ou escritura privada autenticada, e possuir um estatuto que sancione um ordenamento com base democrática e preveja, como escopo exclusivo, a tutela dos consumidores de produtos e serviços, sem fins lucrativos; b) ter um registro dos inscritos, atualizado anualmente com a indicação das quotas pagas diretamente à associação, para a realização dos objetivos estatutários; c) número de inscritos não inferior a 0,5 por cada mil habitantes da população nacional e presença sobre o território de pelo menos cinco regiões ou províncias autônomas, com um número de inscritos não inferior a 0,2 por cada mil residentes em cada uma, devidamente certificado, nos termos da lei; d) elaboração de um balanço anual das receitas e despesas, com a indicação das quotas pagas pelos associados, bem a manutenção de livros contábeis, conforme as normas vigentes em matéria de contabilidade das associações não reconhecidas; e) desenvolvimento de uma atividade continuativa durante os três anos precedentes; f) não terem os seus representantes legais se submetido a alguma condenação, passada em julgado, em relação à atividade da mesma associação, e não estarem os respectivos representantes investidos na qualidade de empreendedores ou de administradores de empresas de produção e serviço, independentemente da forma de constituição, dentro dos ramos em que atua a associação²⁰³.

²⁰³ *Art. 5. Ellenco delle associazioni dei consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale*

1. Presso il Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato e' istituito l'elenco delle associazioni dei consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale.

2. L'iscrizione nell'elenco e' subordinata al possesso, da comprovare con la presentazione di documentazione conforme alle prescrizioni e alle procedure stabilite con decreto del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, da emanare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, dei seguenti requisiti: a) avvenuta costituzione, per atto pubblico o per scrittura privata autenticata, da almeno tre anni e possesso di uno statuto che sancisca un ordinamento a base democratica e preveda come scopo esclusivo la tutela dei consumatori e degli utenti, senza fine di

As associações registradas estão legitimadas, nos termos do art. 3º, para a tutela dos interesses coletivos, podendo requerer ao órgão judicial competente: a) a inibição dos atos e comportamentos lesivos aos interesses dos consumidores; b) a adoção de medidas idôneas a corrigir ou eliminar os efeitos danosos da violação verificada; c) que ordene a publicação da decisão em um ou mais de um órgão de difusão, nacional ou local, se, no caso, a publicidade do

lucro; b) tenuta di un elenco degli iscritti, aggiornato annualmente con l'indicazione delle quote versate direttamente all'associazione per gli scopi statutari; c) numero di iscritti non inferiore allo 0,5 per mille della popolazione nazionale e presenza sul territorio di almeno cinque regioni o province autonome, con un numero di iscritti non inferiore allo 0,2 per mille degli abitanti di ciascuna di esse, da certificare con dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà resa dal legale rappresentante dell'associazione con le modalità di cui all'articolo 4 della legge 4 gennaio 1968, n. 15; d) elaborazione di un bilancio annuale delle entrate e delle uscite con indicazione delle quote versate dagli associati e tenuta dei libri contabili, conformemente alle norme vigenti in materia di contabilità delle associazioni non riconosciute; e) svolgimento di un'attività continuativa nei tre anni precedenti; f) non avere i suoi rappresentanti legali subito alcuna condanna, passata in giudicato, in relazione all'attività dell'associazione medesima, e non rivestire i medesimi rappresentanti la qualifica di imprenditori o di amministratori di imprese di produzione e servizi in qualsiasi forma costituite, per gli stessi settori in cui opera l'associazione.

3. Alle associazioni dei consumatori e degli utenti è preclusa ogni attività di promozione o pubblicità commerciale avente per oggetto beni o servizi prodotti da terzi ed ogni connessione di interessi con imprese di produzione o di distribuzione.

4. Il Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato provvede annualmente all'aggiornamento dell'elenco.

5. All'elenco di cui al presente articolo possono iscriversi anche le associazioni dei consumatori e degli utenti operanti esclusivamente nei territori ove risiedono minoranze linguistiche costituzionalmente riconosciute, in possesso dei requisiti di cui al comma 2, lettere a), b), d), e) e f), nonché con un numero di iscritti non inferiore allo 0,5 per mille degli abitanti della regione o provincia autonoma di riferimento, da certificare con dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà resa dal legale rappresentante dell'associazione con le modalità di cui all'articolo 4 della legge 4 gennaio 1968, n. 15

pronunciamento judicial puder contribuir para corrigir ou eliminar os efeitos da violação realizada²⁰⁴.

As associações poderão instaurar, antes da propositura da ação judicial, um procedimento de conciliação, junto à Câmara de Comércio, Indústria, Artesanato e Agricultura com atribuições para o litígio.

²⁰⁴ “Art. 3. Legittimazione ad agire.

1. Le associazioni dei consumatori e degli utenti inserite nell'elenco di cui all'articolo 5 sono legittimate ad agire a tutela degli interessi collettivi, richiedendo al giudice competente:

- a) di inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti;
- b) di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate;
- c) di ordinare la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale oppure locale nei casi in cui la pubblicità del provvedimento può contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate.

2. Le associazioni di cui al comma 1 possono attivare, prima del ricorso al giudice, la procedura di conciliazione dinanzi alla camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura competente per territorio a norma dell'articolo 2, comma 4, lettera a), della legge 29 dicembre 1993, n. 580. La procedura è, in ogni caso, definita entro sessanta giorni.

3. Il processo verbale di conciliazione, sottoscritto dalle parti e dal rappresentante della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura, è depositato per l'omologazione nella cancelleria della pretura del luogo nel quale si è svolto il procedimento di conciliazione.

4. Il pretore, accertata la regolarità formale del processo verbale, lo dichiara esecutivo con decreto. Il verbale di conciliazione omologato costituisce titolo esecutivo.

5. In ogni caso l'azione di cui al comma 1 può essere proposta solo dopo che siano decorsi quindici giorni dalla data in cui le associazioni abbiano richiesto al soggetto da esse ritenuto responsabile, a mezzo lettera raccomandata con avviso di ricevimento, la cessazione del comportamento lesivo degli interessi dei consumatori e degli utenti.

6. Nei casi in cui ricorrano giusti motivi di urgenza, l'azione inibitoria si svolge a norma degli articoli 669-bis e seguenti del codice di procedura civile.

7. Fatte salve le norme sulla litispendenza, sulla continenza, sulla connessione e sulla riunione dei procedimenti, le disposizioni di cui al presente articolo non precludono il diritto ad azioni individuali dei consumatori che siano danneggiati dalle medesime violazioni.”

A Lei n. 281/98 estabelece, no entanto, que a ação coletiva, de qualquer forma, só poderá ser proposta, nos termos do art. 3º, n. 5, depois de decorrido o lapso de quinze dias, contados a partir da data em que a associação tiver requerido, a quem é imputada a responsabilidade, por meio de carta com aviso de recebimento, a cessação do comportamento lesivo aos consumidores.

A tutela inibitória coletiva poderá ser concedida, diante do reconhecimento da devida urgência, com base no art. 669-bis e seguintes do Código de Processo Civil italiano²⁰⁵.

Determina, ainda, o estatuto legal de defesa dos consumidores italianos que, ressalvados os casos relacionados com as normas sobre litispendência, continência, conexão e reunião de processos, a legitimação das associações não exclui o direito das pessoas, que são prejudicadas pelas mesmas violações, ao ajuizamento de ações individuais²⁰⁶.

Enquanto a Itália realizava o processo legislativo que acabaria culminando na Lei n. 281, de 30 de julho de 1998, a União Européia também desenvolvia os preparativos para a edição de uma diretriz normativa, de amplo espectro, voltada para a tutela coletiva dos consumidores. O resultado adveio

²⁰⁵ Os dispositivos estão previstos no capítulo intitulado “*Dei procedimenti cautelari*”.

²⁰⁶ Art. 4, n. 7, da Lei n. 281/98.

com a Diretiva 98/27 ²⁰⁷, de 19 de maio de 1998, do Parlamento Europeu e do Conselho da União Européia²⁰⁸.

Em apertada síntese, cabe, no momento, mencionar que a referida norma teve por objeto a aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas, dos Estados-membros da União Européia, relativas às ações inibitórias, para a proteção dos interesses coletivos dos consumidores, cabíveis diante de assuntos tratados no âmbito comunitário.

Conforme rol contido no anexo da Diretiva, a supramencionada ação inibitória deve ser aplicável aos interesses coletivos dos consumidores, em matéria de publicidade enganosa, no caso de contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais, em relação ao crédito ao consumo, ao exercício de atividades de radiodifusão e televisiva, às viagens organizadas, férias organizadas e circuitos organizados, à publicidade dos medicamentos para uso humano, às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, à proteção dos adquirentes quanto a certos aspectos dos contratos de aquisição de um direito de utilização a tempo parcial de bens imóveis, à proteção dos consumidores em matéria de contratos à distância, a certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a elas relativas e a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrônico, no mercado interno europeu.

Como já visto, a Itália já havia introduzido, no seu ordenamento jurídico, inicialmente de forma restrita para a proteção inibitória coletiva

²⁰⁷ Publicada no JO L 166, de 11.6.1998, p. 51.

²⁰⁸ O tema será tratado especificamente no capítulo destinado às disposições comuns da União Européia.

concernente às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com consumidores, mas depois aplicável, em sentido amplo, às relações de consumo, normas prevendo a proteção dos direitos coletivos dos consumidores de produtos e serviços, em especial com o oferecimento de uma tutela inibitória.

Carecia o sistema jurídico italiano, no entanto, não simplesmente de dar cumprimento formal à diretiva²⁰⁹, mas, principalmente, de assumir a proteção ao consumidor, no âmbito das relações existentes com os europeus em geral. Suprindo a lacuna, fora do prazo – impróprio, diga-se de passagem -, mas, ainda, em boa hora, editou-se o Decreto Legislativo n. 224, de 23 de abril de 2001, cujos três primeiros e mais importantes, dos quatro artigos esculpidos, contam com a seguinte redação:

“Art. 1. Ambito di applicazione

1. All'articolo 1 della legge 30 luglio 1998, n. 281, e' aggiunto, in fine, il seguente comma: '2-bis. Oltre a quanto disposto ai commi 1 e 2, la presente legge si applica nelle ipotesi di violazione degli interessi collettivi dei consumatori contemplati nelle direttive europee di cui all'allegato I alla

²⁰⁹ Segundo o art. 8º, da Diretiva 98/27/CE, os Estados-membros deveriam colocar “em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente directiva o mais tardar 30 meses após a sua entrada em vigor. Do facto informarão imediatamente a Comissão”. Nos termos do art. 9º, a entrada em vigor, se daria no vigésimo dia seguinte ao da sua publicação, que ocorreu no dia 11 de junho de 1998. Tendo ingressado em vigor, desse modo, no dia 1º de julho de 1998, findou-se o prazo assinalado no dia 1º de janeiro de 2001. Ressalte-se que a transcrição acima da Diretiva é oficial, razão pela qual encontra-se redigida com a grafia lusa.

presente legge. Il Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, di concerto con il Ministro della giustizia, aggiorna l'elenco delle direttive comunitarie di cui a tale allegato con decreto, in attuazione degli obblighi derivanti da norme comunitarie'

Art. 2. Legittimazione ad agire per violazioni intracomunitarie

1. All'articolo 3 della legge 30 luglio 1998, n. 281, dopo il comma 1, e' inserito il seguente: '1-bis. Gli organismi pubblici indipendenti, e le organizzazioni riconosciuti in altro Stato dell'Unione europea ed inseriti nell'elenco degli enti legittimati a proporre azioni inibitorie a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale delle Comunita' europee, possono agire ai sensi del comma 1 nei confronti di atti o comportamenti lesivi per i consumatori del proprio Paese, posti in essere in tutto o in parte sul territorio dello Stato'.

2. Al comma 2 dell'articolo 3 della legge 30 luglio 1998, n. 281, dopo le parole: 'Le associazioni di cui al comma 1', sono inserite le seguenti: 'e gli organismi e le organizzazioni di cui al comma 1-bis'.

Art. 3. Iscrizione nell'elenco degli enti legittimati istituito presso la Commissione europea

1. All'articolo 5 della legge 30 luglio 1998, n. 281, e' aggiunto, in fine, il seguente comma: '5-bis Il Ministero

dell'industria, del commercio e dell'artigianato comunica alla Commissione europea l'elenco di cui al presente articolo e le successive variazioni, al fine dell'iscrizione nell'elenco degli enti legittimati a proporre azioni inibitorie a tutela degli interessi collettivi dei consumatori'." ²¹⁰

Por fim, há que se registrar que é, obviamente, ainda cedo para se colher e analisar, e seria ainda mais precipitado fazê-lo através da lente de observador alienígena, as aplicações, interpretações e repercussões dos novos estatutos legislativos no âmbito dos tribunais italianos²¹¹.

²¹⁰ Como já dito, as características básicas e comuns das diretivas da União Européia serão oportunamente apresentadas e estudadas, razão pela qual se limitou, aqui, às indicações e explanações referentes à introdução das respectivas normas no direito italiano.

²¹¹ O autor não se furtará, entretanto, de abordar, no presente trabalho, mas na parte apropriada, o sistema ora adotado na Itália e na Europa, manifestando as suas conclusões e opiniões pessoais. Vide, *infra*, o capítulo destinado à síntese e análise crítica do direito comparado.

Capítulo 6 – Alemanha

6.1. Visão geral

A defesa judicial dos interesses coletivos, em sentido amplo, é realizada, na Alemanha, basicamente através das *Verbandsklagen*, que são as ações associativas. Embora não recebam um tratamento comum, porque se encontram espalhadas e dispersas em diversos estatutos legais, na companhia, em geral, de outras normas de direito material e processual pertinentes ao tema regulado, possuem, além da denominação, características essencialmente semelhantes.

Ressalte-se, desde logo, que a cultura do associativismo e do *Gruppierung* (agrupamento) está entranhada no povo alemão. A necessidade de organização e estruturação dos interesses comuns, sejam eles esportivos, festivos ou voltados para a defesa do meio ambiente ou dos consumidores, enseja o fortalecimento das entidades e organizações civis. Muitas delas passam até a desempenhar, oficialmente, funções sociais, contando, por vezes, com o recebimento de dotações orçamentárias do Estado²¹². Mas, ainda quando não

²¹² As centrais ou associações de consumidores, subvencionadas com recursos públicos, preenchem, segundo presunção absoluta estabelecida na própria lei, nos termos do §22a da Lei para o Regulamento

subsidiadas com recursos públicos, as entidades são extremamente organizadas²¹³.

A legitimação das associações, no âmbito do Direito Processual Civil alemão, é figura expressamente prevista no § 13 da *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – UWG*²¹⁴ (Lei contra a Concorrência Desleal), nos parágrafos 13 a 22a da *Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – AGB-Gesetz*²¹⁵ (Lei para o Regulamento das Cláusulas Gerais dos Contratos)²¹⁶, nos §§ 12 e 13 da *Gesetz über Preisnachlässe*²¹⁷, também conhecida como *Rabatt Gesetz - RabattG* (Lei do Desconto, que regula as possibilidades de abatimento nos preços), no § 33 da *Gesetz gegen*

das Cláusulas Gerais dos Contratos (*AGB-Gesetz*), os requisitos necessários para a inclusão na lista das entidades qualificadas para propositura das ações associativas.

²¹³ Vide, e. g., a própria *Deutsch-Brasilianische Juristenvereinigung* (Associação Teuto-brasileira de Juristas), extremamente organizada e ativa na Alemanha, embora não receba recursos públicos.

²¹⁴ A lei foi editada em 1909, possibilitando, no § 13, a atuação de certas associações, tendo sido a legitimação ampliada, inicialmente, em 1965, e, de novo, em 27 de junho de 2000, com a inserção das diretrizes comunitárias.

²¹⁵ A *AGBG* foi publicada em 9 de dezembro de 1976, tendo sido modificada, também, em junho de 2000, por força da Diretiva 98/27/CE.

²¹⁶ A tradução literal seria Lei para a Regulamentação das Condições Gerais dos Negócios. A legislação alemã adotou a denominação “*Bedingung*”, que significa “condição”, na acepção de cláusula. Os italianos, da mesma forma, utilizaram-se da expressão “*condizioni generale di contratto*”. O termo condição, entretanto, tanto no direito brasileiro como no alemão, representa elemento accidental do negócio jurídico, que subordina a eficácia a fato futuro e incerto, nos termos do art. 114, do Código Civil brasileiro, e do § 158, do Código Civil alemão (*BGB - Bürgerliches Gesetzbuch*). Vide, nesse sentido, Nelson Nery Júnior, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 447 e ss.

²¹⁷ Datada de 25 de novembro de 1933, foi posteriormente alterada em 1975 e 1986.

Wettbewerbsbeschränkungen - *GWB*²¹⁸ (Lei contra as Limitações da Concorrência ou Lei dos Cartéis) e no parágrafo 135 da *Gesetz über den Schutz von Marken und sonstigen Kennzeichen* - *MarkenG*²¹⁹ (Lei da Propriedade Industrial).

Na esfera do Direito Processual do Trabalho, a *Arbeitsgerichtsgesetz*²²⁰ (Lei Orgânica da Justiça do Trabalho) assegura a participação de sindicatos, associações e uniões de empregadores e trabalhadores.

Na Alemanha, a justiça está organizada com ramos específicos que não existem no Brasil, dentre os quais o da Administração Pública (*Verwaltungsgericht*) e o das Finanças (*Finanzgericht*). As ações judiciais em face da Fazenda Pública possuem, também, um direito processual específico (*Verwaltungsprozeßrecht*), tendo como principal estatuto jurídico a *Verwaltungsgerichtsordnung* (Código Judiciário Administrativo). Na esfera do Direito Processual Administrativo, entretanto, a preocupação com a tutela dos interesses coletivos e com a economia judicial revela-se com a introdução dos denominados “processos modelos” (*Musterprozesse*), em 1991, no § 93a, da *Verwaltungsgerichtsordnung*.

Registre-se, além disso, que o ordenamento germânico não confere legitimidade ou modo específico para que órgãos estatais ou outras entidades públicas possam exercer em juízo a defesa de interesses coletivos. A atuação do

²¹⁸ A lei é de 26 de agosto de 1998.

²¹⁹ De 25 de outubro de 1994.

Ministério Público engloba-se nesse contexto, circunscrevendo-se, portanto, ao processo penal e às funções tradicionalmente assumidas no processo civil, como fiscal da lei.

O tema da tutela coletiva vem despertando grande interesse nos juristas alemães, tanto no âmbito interno como no externo, valendo notar, em especial, a quantidade e a qualidade de trabalhos voltados para o estudo do assunto no direito comparado, com enfoque no modelo americano das *class actions*, e o recente debate relacionado com a incorporação, na legislação local, das diretrizes da União Européia atinentes à tutela inibitória coletiva²²¹.

²²⁰ Publicada em 3 de setembro de 1953.

²²¹ Vide, dentre outras obras, *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess*, Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Hein Kötz e Dietmar Baetge; *Internationale Verbandsklage?, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozeß; Verbandsklage; Die class action des amerikanischen Rechts und deutsche Reformprobleme, Prozeßführung im öffentlichen Interesse: Rechtsvergleichende Entwicklungsbedingungen und Alternativen objektiver Rechtsdurchsetzung e Die Verbandsklage in Europa*, Harald Koch; *Prozeßrechtliche Probleme von verbraucherpolitischer Bedeutung bei den neuen Verbraucherverbandsklagen im deutschen Zivilrecht*, Peter Gilles; *Das Recht der Verbandsklage auf neuen Wegen*, Dietmar Baetge; *Class Actions auf Leistung von Schadenersatz nach amerikanischem Vorbild im deutschen Zivilprozeß?*, Peter Gottwald; *Die Class Action im amerikanischen Recht und deutscher Ordre Public*, Christoph Greiner; *Die Gruppenklage: Wege zur prozessualen Bewältigung von Massenschäden*, Detlef Hass; *Klagen Privater im öffentlichen Interesse: Länderbericht zum Recht der Vereinigten Staaten von Amerika zusammen mit einem das deutsche Recht einbeziehenden Generalreferat und einem Bericht über die Diskussion*, Klaus J. Hopt e Dietmar Baetge; *Die Verbandsklage zum Schutz allgemeiner und breitgestreuter Interessen in der Bundesrepublik Deutschland*, Dieter Leipold; *Amerikanische Class Action und deutsches Zivilprozeßrecht*, Jürgen Mark; *Verbandsklage und die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln*, Hans-W. Micklitz; *Argumente für die Verbandsklage im Umweltrecht*, Eckard Reh binder; *Anreizwirkungen bei der Class Action und der Verbandsklage*, Hans-Bernd Schäfer; *Die Class Action im Recht der USA: Ein prozessuales Konzept nach Interessenstrukturen*, Christa Schlurmann; *Class Actions – Rechtspolitische Fragen in den USA und Anerkennung in Deutschland*, Hilka Schneider; *Die kollektive Geltendmachung von Verbraucherschäden im UWG: Eine*

6.2. As *Verbandsklagen* (ações associativas)

Como já mencionado, as *Verbandsklagen* encontram-se previstas em estatutos legais diversos, refletindo, assim, a aplicação ainda tópica e especial do instrumento processual alemão. Dentro desse quadro, deve ser destacado o papel e a importância que as ações associativas têm, principalmente no campo da luta contra a concorrência desleal e das cláusulas gerais dos negócios. A própria utilização das *Verbandsklagen* em outras áreas ocorreu, de modo geral, em momento posterior e seguindo a influência das experiências realizadas com as duas leis pioneiras (UWG E AGBG)²²². Conseqüentemente, a análise das ações coletivas alemãs pode e deve ser feita a partir da estrutura formulada nos dois estatutos legais mencionados, pois representa, em linhas gerais, o padrão igualmente delineado nos demais campos.

rechtspolitische und rechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der US-amerikanischen class-action, Michael Schulte; *Rechtsprobleme der verbandsmäßig organisierten Massenklage*, Rolf Stürner; *Class actions*, Günter Witzsch; *Die Klagebefugnis der Verbände: Ausnahme oder allgemeines Prinzip?*, Manfred Wolf; *Prozeßrechtliche Instrumente bei der Bewältigung von Großschäden in den USA*, Joachin Zekoll; *Empfehlen sich gesetzgeberische Maßnahmen zur rechtlichen Bewältigung der Haftung für Massenschäden?*, Christian von Bar; *Die Wahrnehmung gebündelter Interessen im Zivilprozeß*, Kees Groenendijk; e *Die amerikanische Institution der class action als Mittel des Konsumentenschutzes – Kuriosum oder Vorbild?*, Harmut A. Spindler.

²²² É de se observar, inclusive, que, no caso das Leis do Desconto (*RabattG*) e da Propriedade Industrial (*MarkenG*), a remissão à UWG é expressa.

Deve ser mencionado, entretanto, que, por força da incorporação ao direito interno das orientações contidas na Diretriz 98/27/CE, houve a ampliação tanto do campo de incidência das ações coletivas de natureza inibitória, quanto das modificações relacionadas à legitimação, alterando-se a redação da UWG e da AGBG.

A República Federal da Alemanha manifestou-se, no entanto, de maneira isolada, pela rejeição da proposta de Diretiva supramencionada, mas acabou sendo derrotada, na medida em que todos os demais membros da União Européia votaram pela aprovação²²³.

A posição alemã junto ao Conselho Europeu soa como algo contraditório e estranho, se considerado que o modelo comunitário, proposto e aprovado, possui enorme semelhança com o sistema operado pelas *Verbandsklagen*. Todavia, a extensão dos litígios coletivos para outras áreas, bem como a ampliação da legitimação para que associações sediadas em outros países da Comunidade Européia possam litigar perante os órgãos judiciais de outros Estados-membros, representa, na verdade, tema ainda bastante polêmico na Alemanha.

Recentemente, por exemplo, o assunto foi colocado em discussão e votação, durante a realização do 62º *deutschen Juristentages*²²⁴, em 1998, na

²²³ Como relata Harald Koch, no artigo *Die Verbandsklage in Europa*, publicado no caderno de dezembro de 2000 da *Zeitschrift für Zivilprozeß*, p. 414.

²²⁴ O Congresso é o maior evento jurídico realizado anualmente na Alemanha, reunindo professores, magistrados, membros do Ministério Público e juristas em geral.

cidade de Bremen²²⁵. Na ocasião, foi rejeitada a proposta apresentada, no sentido de se introduzir, no ordenamento alemão, uma ação associativa com ampla aplicação. Refletindo, talvez, certo contragosto diante da Diretiva da Comunidade Européia²²⁶, a Alemanha acabou introduzindo, sem alarde e sem constar expressamente na rubrica, as determinações comunitárias no bojo da Lei sobre Contratos à Distância, versando também sobre outras questões de Direito do Consumidor e incorporação de normas relacionadas com o Euro,²²⁷ de 27 de junho de 2000.

Outra característica comum e básica da ação associativa alemã (*Verbandsklage*) é a sua imprestabilidade para a persecução de indenizações decorrentes de perdas e danos²²⁸. Não há, até o presente momento, qualquer instrumento processual coletivo voltado para as providências condenatórias em relação às obrigações de pagar, o que vem sendo indicado e reclamado, cada vez mais, pela doutrina alemã²²⁹.

²²⁵ Analisando o problema sob o prisma do direito positivo e das modificações possíveis, especialmente a introdução na *Zivilprozeßordnung* – ZPO (Código de Processo Civil alemão) do *Musterverfahren*, a exemplo do previsto no Código de Processo da Justiça da Administração (ou Fazenda) Pública (VwGO), Christian von Bar, *Empfehlen sich gesetzgeberische Maßnahmen zur rechtlichen Bewältigung der Haftung für Massenschäden?*.

²²⁶ Nesse sentido Harald Koch, *Die Verbandsklage in Europa*, p. 414.

²²⁷ Publicada, em 29.6.2000, na *Bundesgesetzblatt, Teil I*, p. 897 e ss.

²²⁸ A vedação encontra-se, inclusive, na *AGBG*, expressa no § 22, item (4): “*Der Anspruch auf Unterlassung kann nicht geltend gemacht werden, wenn die Geltendmachung unter Berücksichtigung der gesamten Umstände missbräuchlich ist, insbesondere wenn sie vorwiegend dazu dient, gegen den Zuwiderhandelnden einen Anspruch auf Ersatz von Aufwendungen oder Kosten der Rechtsverfolgung entstehen zu lassen*”.

²²⁹ Nesse sentido, o trabalho de Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Hein Kötz e Dietmar Baetge, *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozeß*.

Na Lei contra a Concorrência Desleal (UWG), a redação do § 13 previa, desde o início, que os concorrentes ou determinadas associações profissionais pudessem requerer a pretensão inibitória (*Unterlassungsanspruch*). As associações profissionais deveriam estar registradas e contar com número razoável de membros, cuja atividade fosse desenvolvida no mesmo mercado e envolvendo produtos ou serviços idênticos ou assemelhados. As entidades deveriam, ainda, estar capacitadas em termos de recursos humanos, materiais e financeiros para a realização dos seus propósitos estatutários, no que diz respeito à persecução dos interesses profissionais. A pretensão, por sua vez, precisava estar voltada contra um ato que fosse apto a prejudicar essencialmente a concorrência neste mercado²³⁰.

Em 1965, a *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)* foi modificada, de modo que as associações de proteção aos consumidores se

²³⁰ “UWG § 13

(1) Wer den §§ 4, 6, 6c zuwiderhandelt, kann auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.

(2) In den Fällen der §§ 1, 3, 4, 6 bis 6c, 7 und 8 kann der Anspruch auf Unterlassung geltend gemacht werden

1. von Gewerbetreibenden, die Waren oder gewerbliche Leistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben, soweit der Anspruch eine Handlung betrifft, die geeignet ist, den Wettbewerb auf diesem Markt wesentlich zu beeinträchtigen

2. von rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen, soweit ihnen eine erhebliche Zahl von Gewerbetreibenden angehört, die Waren oder gewerbliche Leistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben, soweit sie insbesondere nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sind, ihre satzungsgemäßen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen, und soweit der Anspruch eine Handlung betrifft, die geeignet ist, den Wettbewerb auf diesem Markt wesentlich zu beeinträchtigen”.

tornassem, igualmente, legitimadas para buscar, em juízo, a contenção dos atos ilícitos de concorrência que afetassem, de modo significativo, os consumidores. Segundo o item 3,²³¹ as associações, de forma equiparada às profissionais, deveriam estar registradas e voltadas para a defesa dos interesses dos consumidores²³². A tutela inibitória poderia, ainda, ser pleiteada pelas Câmaras de Comércio e Indústria ou de Artesanato, nos termos do item 4, do dispositivo anteriormente mencionado.

O item n. 3 da alínea (2), do § 13, que se referia às associações de consumidores, teve a sua redação modificada pela supramencionada lei, de 27.06.2000, introduzindo as orientações contidas na Diretiva 98/27/CE²³³. Sob o prisma subjetivo, a grande novidade, diante do sistema anterior, foi o estabelecimento, para as organizações, da exigência de registro prévio na lista nacional²³⁴, sob a incumbência do Ministério da Administração Pública

²³¹ “3. von rechtsfähigen Verbänden, zu deren satzungsgemäßen Aufgaben es gehört, die Interessen der Verbraucher durch Aufklärung und Beratung wahrzunehmen. Im Falle des § 1 können diese Verbände den Anspruch auf Unterlassung nur geltend machen, soweit der Anspruch eine Handlung betrifft, durch die wesentliche der Verbraucher berührt werden“.

²³² Sobre os problemas e a significação política, no direito alemão, das ações associativas de consumidores, vide Peter Gilles, *Prozessrechtliche Probleme von verbraucherpolitischer Bedeutung bei den neuen Verbraucherverbandsklagen im deutschen Zivilrech.*

²³³ A nova redação é a seguinte: “3. von qualifizierten Einrichtungen, die nachweisen, dass sie in die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 22a des AGB-Gesetzes oder in dem Verzeichnis der Kommission der Europäischen Gemeinschaften nach Artikel 4 der des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen (ABl. EG Nr. L 166 S. 51) eingetragen sind. Im Falle des § 1 können diese Einrichtungen den Anspruch auf Unterlassung nur geltend machen, soweit der Anspruch eine Handlung betrifft, durch die wesentliche Belange der Verbraucher berührt werden“.

²³⁴ Os requisitos para a inscrição na lista serão expostos em seguida.

(*Bundesverwaltungsamt*)²³⁵, ou na internacional, editada, anualmente, pela Comissão da Comunidade Europeia, a partir do recebimento das indicações feitas pelos Estados-Membros²³⁶.

No ano de 1976, foi editada a *Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* (abreviada por *AGB-G* ou *AGBG*), ou seja, a Lei para o Regulamento das Cláusulas Gerais dos Negócios. A concepção de cláusulas gerais está intimamente ligada aos contratos de adesão, embora mantenham a sua diferenciação jurídica. As cláusulas gerais dos negócios são estabelecidas previamente, antes, portanto, do início das tratativas contratuais, por um dos futuros contratantes, que recebe a denominação de estipulante ou predisponente, e permanecem abstratas e estáticas, enquanto não manifestada a aceitação adesiva pela outra parte. As cláusulas gerais dos negócios possuem, assim, os atributos de preestabelecimento, unilateralidade da estipulação, uniformidade, rigidez e abstração²³⁷.

Na sociedade de massas dos séculos XX e XXI, a presença das cláusulas gerais de negócios, bem como a sua materialização nos contratos de adesão, está por toda parte. Nos negócios bancários, nos financiamentos de imóveis e veículos, na aquisição de planos de saúde e de seguros em geral, de produtos pela Internet, nos consórcios, cartões de crédito etc, as cláusulas gerais passam a fazer parte do dia-a-dia dos consumidores.

²³⁵ A *UWG* remete, no caso, à nova redação do § 22a, da Lei sobre as cláusulas gerais do comércio (*AGBG*).

²³⁶ Em conformidade com a art. 4 da Diretriz 98/27/CE.

²³⁷ Nelson Nery Júnior, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 448-449.

A possibilidade de impugnação coletiva, consagrada pelo legislador alemão, através da tutela inibitória, representa medida preventiva de grande serventia para os consumidores. Evita-se, assim, a explosão de conflitos e as incertezas decorrentes, propiciando economia, por conseguinte, também para o Poder Judiciário, que estará, de maneira prévia e concentrada, enfrentando e resolvendo os litígios²³⁸, embora, por outro lado, note-se claramente a falta de instrumentos coletivos hábeis para as demais espécies de providências jurisdicionais pretendidas, marcadamente para a persecução de indenizações por danos causados.

Em termos de pretensão jurisdicional, no caso das cláusulas gerais inválidas, poderá ser requerida a providência inibitória ou revocatória, conforme disposto no *caput* e alínea (1), do § 13,²³⁹ da *Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, se já estiverem em uso ou oferecidas para futura adesão, respectivamente. Por conseguinte, a lei alemã trabalha com a *Unterlassungsanspruch*, ou seja, com a pretensão inibitória, em estágio no qual elas já deixaram a posição estática e abstrata, para assumir uma face concreta e dinâmica, com a contratação adesiva.

²³⁸ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, *Kollektiver Rechtsschutz im Prozessrecht und kollektive Klagen in Deutschland und Brasilien*, p. 16-17.

²³⁹ “AGBG § 13 Unterlassungs- und Widerrufsanspruch

(1) Wer in Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bestimmungen, die nach den §§ 9 bis 11 dieses Gesetzes unwirksam sind, verwendet oder für den rechtsgeschäftlichen Verkehr empfiehlt, kann auf Unterlassung und im Fall des Empfehlens auch auf Widerruf in Anspruch genommen werden”.

A doutrina alemã classifica, como condenatória, do tipo fazer ou não fazer, a espécie de pretensão objeto da ação associativa²⁴⁰. O enquadramento adotado pode, no entanto, sofrer objeções, dentro de uma repartição mais ampla, em que se leve em consideração outros fatores, como a necessidade de execução própria²⁴¹.

A legitimação prevista na Lei para o Regulamento das Cláusulas Gerais do Comércio segue o modelo previsto na Lei contra a Concorrência Desleal. Pode-se, assim, postular a tutela inibitória ou revocatória, nos termos da alínea (2), do § 13, da *AGB-G*²⁴², ou seja, pelas organizações qualificadas,

²⁴⁰ Nesse sentido, defende Peter Gilles, *Prozeßrechtliche Probleme von verbraucherpolitischer Bedeutung bei den neuen Verbraucherverbandsklagen im deutschen Zivilrecht*, p. 15 e ss., : “Bei den hier erwähnten gesetzlich bereits normierten oder in Vorbereitung befindlichen Verbraucherverbandsklagen auf Unterlassung, Widerruf oder Schadensersatz handelt es sich nach herkömmlicher Klassifizierung (sog. „Klagearten“) sämtlich um Leistungsklagen”.

²⁴¹ A doutrina brasileira encontra-se calcada, principalmente, na classificação trinária, ou seja, que separa os processos a partir da providência jurisdicional pretendida: conhecimento, execução e cautelar, subdividindo-se a primeira em meramente declaratória, condenatória e constitutiva. Pontes de Miranda propôs, entretanto, em síntese, a inclusão da modalidade mandamental, pois, nesta, o provimento judicial não necessitaria da instauração de processo de execução para a obtenção da satisfação, na medida em que a ordem deve ser cumprida, sob pena de serem impingidas sanções administrativas ou penais, bem como o eventual estabelecimento de multas coercitivas. Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória (individual e coletiva)*, por outro lado, propõe uma classificação quinária, levando em consideração, também, as necessidades do direito material, dividindo as tutelas em declaratória, constitutiva, condenatória, mandamental e executiva.

²⁴² “(2) Die Ansprüche auf Unterlassung und auf Widerruf stehen zu:

1. qualifizierten Einrichtungen, die nachweisen, dass sie in die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 22a oder in dem Verzeichnis der Kommission der Europäischen Gemeinschaften nach Artikel 4 der Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen (ABl. EG Nr. L 166 S. 51) eingetragen sind,

inclusas na lista do Ministério da Administração Pública, em conformidade com o § 22a, ou na da Comissão da Comunidade Européia; pelas associações profissionais registradas, com os demais requisitos anteriormente expostos; e as Câmaras de Indústria e Comércio ou de Artesanato.

O novo § 22a estabeleceu o procedimento para a inscrição na lista de organizações qualificadas, que estarão aptas para o ajuizamento das *Verbandsklagen*, no âmbito interno, e de outras ações coletivas, perante o Poder Judiciário de outros Estados-membros. O registro será organizado pelo Ministério da Administração Pública (*Bundesverwaltungsamt*), que fará publicar, no dia 1º de janeiro de cada ano, a versão atualizada da lista, que será, também, encaminhada à Comissão da Comunidade Européia²⁴³.

2. rechtsfähigen Verbänden zur Förderung gewerblicher Interessen, soweit ihnen eine erhebliche Zahl von Gewerbetreibenden angehört, die Waren oder gewerbliche Leistungen gleicher oder verwandter Art auf demselben Markt vertreiben, soweit sie insbesondere nach ihrer personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung imstande sind, ihre satzungsgemäßen Aufgaben der Verfolgung gewerblicher Interessen tatsächlich wahrzunehmen, und soweit der Anspruch eine Handlung betrifft, die geeignet ist, den Wettbewerb auf diesem Markt wesentlich zu beeinträchtigen, und

3. den Industrie- und Handelskammern oder den Handwerkskammern.

Der Anspruch kann nur an Stellen im Sinne von Satz 1 abgetreten werden”.

²⁴³ “AGBG § 22a Verfahren zur Meldung qualifizierter Einrichtungen an die Kommission der Europäischen Gemeinschaften

(1) Das Bundesverwaltungsamt führt eine Liste qualifizierter Einrichtungen. Diese Liste wird mit dem Stand zum 1. Januar eines jeden Jahres im Bundesanzeiger bekannt gemacht und der Kommission der Europäischen Gemeinschaften unter Hinweis auf Artikel 4 Abs. 2 der zugeleitet.”

Na lista serão registradas, com fulcro na alínea (2), ²⁴⁴ do § 22a, mediante requerimento, as associações devidamente constituídas, cujos estatutos prevejam a defesa dos interesses dos consumidores, quando possuírem, na condição de membros-integrantes, entidades ativas nesse mesmo campo de atuação ou no mínimo 75 pessoas naturais. Nos termos da lei, presume-se que as centrais e associações de consumidores, que estejam apoiadas com recursos públicos, preencham os requisitos acima.

A natureza da legitimação das associações desperta, igualmente, vigorosa polêmica entre os juristas germânicos. Parte da doutrina, na Alemanha, sustenta que as entidades estariam defendendo interesses que lhes são próprios, na medida em que integram os seus objetivos institucionais, constituindo-se, desse modo, em legitimação ordinária²⁴⁵. Sob outro ponto de vista, Harald Koch²⁴⁶ afirma, como sendo o entendimento dominante na Alemanha, que as associações não estariam fazendo valer nem interesses próprios, nem direitos dos seus associados, mas, sim, a defesa de interesses superindividuais e, com frequência, públicos, em termos de controle de eficácia e realização do direito,

²⁴⁴ “(2) In die Liste werden auf Antrag rechtsfähige Verbände eingetragen, zu deren satzungsmäßigen Aufgaben es gehört, die Interessen der Verbraucher durch Aufklärung und Beratung wahrzunehmen, wenn sie in diesem Aufgabenbereich tätige Verbände oder mindestens 75 natürliche Personen als Mitglieder haben. Es wird unwiderleglich vermutet, dass Verbraucherzentralen und andere Verbraucherverbände, die mit öffentlichen Mitteln gefördert werden, diese Voraussetzungen erfüllen. Die Eintragung in die Liste erfolgt unter Angabe von Namen, Anschrift, Registergericht, Registernummer und satzungsmäßigem Zweck. Sie ist mit Wirkung für die Zukunft zu streichen, wenn

1. der Verein dies beantragt oder

2. die Voraussetzungen für die Eintragung nicht vorlagen oder weggefallen sind.”

²⁴⁵ Como consta na obra de Leo Rosenberg, Karl Heinz Schwab e Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, p. 243-244.

²⁴⁶ *Verbandsklage*, p. 1.

situação essa que seria equivalente, em termos de discussão no direito comparado, segundo o professor da Universidade de Rostock, aos interesses difusos²⁴⁷. Peter Gilles afirma que a posição da defesa de interesses próprios é a dominante, embora sustente o entendimento no sentido da legitimação extraordinária²⁴⁸.

²⁴⁷ “Im deutschen Verständnis ist es eine besondere Prozeßführungsbefugnis, die dem Verband nicht im Eigeninteresse der Korporation oder seiner Mitglieder übertragen wird, sondern gilt der Wahrnehmung überindividueller, oft auch öffentlicher Interessen an wirksamer Kontrolle und Rechtsdurchsetzung (in der rechtsvergleichenden Diskussion auch als ‘diffuse Interessen’ bezeichnet)“, *Die Verbandsklage in Europa*, p. 415.

²⁴⁸ *Prozeßrechtliche Probleme von verbraucherpolitischer Bedeutung bei den neuen Verbraucherverbandsklagen im deutschen Zivilrecht*, p. 15 e ss.

Capítulo 7 – Portugal

7.1. Interesses difusos

A expressão “interesses difusos” encontra significação, em Portugal, semelhante à que é dada aos “interesses coletivos” no Brasil. Ou seja, possui uma aceção ampla e outra restrita.

Em sentido lato, estaria em contraposição com os direitos meramente individuais e, por outro lado, não se confundiria com os interesses estritamente públicos, englobando, assim, as necessidades legalmente protegidas e sentidas numa esfera pluriindividual, afetando uma comunidade, um grupo, uma classe ou pessoas ligadas por circunstâncias comuns. Englobaria, desse modo, os interesses difusos, em termos estritos, os coletivos, provenientes de co-titularidade, e os individuais homogêneos²⁴⁹.

Na definição mais adstrita, diz respeito apenas aos interesses metaindividuais, de natureza indivisível, reunidos por situação fática, sem que haja uma relação jurídica-base entre as pessoas afetadas, ou que a ligação jurídica

²⁴⁹ A concepção e classificação supramencionadas foi, ao que parece, agasalhada pelo legislador, tendo em vista a rubrica do novo artigo 26-A, do Código de Processo Civil, intitulada “Acções para a tutela de interesses difusos”.

não seja relevante, como, por exemplo, na persecução da melhoria do meio ambiente, diante da poluição sonora ou do ar²⁵⁰.

7.2. O tratamento constitucional

A Constituição da República Portuguesa, aprovada em 2 de Abril de 1976, sob a influência da Revolução dos Cravos, de 25 de abril de 1974, e inspirada na idéia de participação democrática, procurou sinalizar esta abertura, também, na direção do acesso à justiça. Previa-se, assim, no art. 20, “o acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos” ²⁵¹ e, no art. 52 ²⁵² – sob a rubrica “Direito de petição e acção popular -, n. 2, “o direito de acção popular, nos casos e nos termos previstos na lei”. É de se notar que, em relação ao direito de petição, disposto no n. 1 do mesmo dispositivo legal, já se previa que todos “os

²⁵⁰ Sobre a classificação adotada em Portugal, vide Miguel Teixeira de Souza, *A tutela jurisdicional do consumo e do ambiente em Portugal*, especialmente p. 383-388.

²⁵¹ Comentando o dispositivo, afirma o Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal, Mário José de Araújo Torres, *Acesso à justiça em matéria de ambiente e de consumo - legitimidade processual* : “A nossa Constituição, no seu artigo 20.º, optou pela expressão acesso ao direito e aos tribunais, que é, simultaneamente, mais ampla e mais restrita que a de acesso à justiça. Mais ampla, porque o acesso ao direito abarca o direito à informação e à consulta jurídicas, matérias de relevantíssima importância nos domínios do ambiente e do consumo. Mais restrita, porque, como o n.º 4 do artigo 205.º da Constituição expressamente prevê, podem ser institucionalizados instrumentos e formas de composição não jurisdicional de conflitos, de especial relevo nos casos de conflitos de consumo, e que constituem uma forma de acesso à justiça fora do quadro dos tribunais estaduais”.

²⁵² Então numerado como art. 49, como informa Luiz Paulo de Araújo Filho, *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, p. 39.

cidadãos têm o direito de apresentar, individual ou colectivamente, aos órgãos de soberania ou a quaisquer autoridades petições, representações, reclamações ou queixas para defesa dos seus direitos, da Constituição, das leis ou do interesse geral”.

Os dois artigos supramencionados passam a ter nova redação, por força da Lei Complementar n. 1/89. O art. 20 engloba, a partir de então, além dos direitos, os interesses legítimos, como passíveis de serem defendidos diante dos tribunais. Quanto ao art. 52, a Constituição especifica, agora no n. 3, os contornos da ação popular, conferindo “a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular nos casos e termos previstos na lei, nomeadamente o direito de promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, a degradação do ambiente e da qualidade de vida ou a degradação do património cultural, bem como de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização”.

Por fim, em 1997, os artigos 20 e 52, n. 3, sofrem novas modificações. No primeiro, foi substituída a antiga referência aos “interesses legítimos” por “interesses legalmente protegidos”, procurando, dessa forma, expressar a transformação ocorrida em torno da problemática da legitimação, antes indissoluvelmente vinculada à titulação do direito material e, portanto, aos direitos subjetivos. Em momento posterior, a legitimação começa a ser admitida não apenas para os direitos que já se encontram, pelo menos em alegação, incorporados ao património subjetivo das partes, para abarcar, ainda com certa distância, os chamados interesses autênticos ou legítimos. A distinção terminológica, como indicado por Cappelletti, retrata, ainda, a dificuldade de se trabalhar no espaço entre o público e o privado, demonstrando, assim, o ranço

individualista, materializado, claramente, na adjetivação empregada. A alteração surgida, por força da Lei Constitucional n. 1/97, contribui, portanto, para a aceitação e consolidação da legitimação extraordinária e da existência de necessidades supra-individuais, que não devem ser vistas como desprovidas de titular ou pertencentes, tão-somente, ao Estado.

A essência da mudança, no que toca ao artigo 52, n. 3, consistiu em incluir, ao lado dos que já estavam citados, os “direitos dos consumidores” e a “defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais”, expressamente, dentro da esfera de proteção a ser assegurada pela ação popular, bem como alterar a estrutura do dispositivo constitucional, cuja redação atual é:

“Artigo 52.º

(Direito de petição e direito de acção popular)

1. Todos os cidadãos têm o direito de apresentar, individual ou colectivamente, aos órgãos de soberania ou a quaisquer autoridades petições, representações, reclamações ou queixas para defesa dos seus direitos, da Constituição, das leis ou do interesse geral e bem assim o direito de serem informados, em prazo razoável, sobre o resultado da respectiva apreciação.

2. A lei fixa as condições em que as petições apresentadas colectivamente à Assembleia da República são apreciadas pelo Plenário.

3. É conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização, nomeadamente para:

a) Promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural;

b) Assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais.”

7.3. A produção legislativa infraconstitucional

Quase 20 anos após ter sido consagrada constitucionalmente, no art. 52, n. 3, a acção popular veio a ser regulamentada, com a edição da Lei n. 83/95, de 31 de agosto. A edição da Lei n. 83/95 foi festejada pela doutrina, que já bradava, em parte, pela inconstitucionalidade por omissão e, também, pela auto-aplicabilidade do preceito constitucional. Sobre o tema, bem como as fontes da inspiração portuguesa, escreveu Carlos Adérito Teixeira²⁵³:

²⁵³ *Acção popular: em busca de um novo paradigma.*

“Através da Lei 83/95 de 31 de Agosto, que veio regular o direito de participação procedimental e de acção popular, consagrou-se no ordenamento jurídico português um modo de acesso supra-individual à justiça, a par do que sucede já em outros ordenamentos com os mecanismos de "class action", "substituted action" ou das "citizen suits" do sistema norte-americano e anglo-saxónico, ou ainda da "acção civil pública" do Direito brasileiro, na defesa de interesses de titularidade plural.

Com a entrada em vigor desta lei superou-se uma inconstitucionalidade por omissão decorrente da falta de regulamentação do art. 52º nº 3 da CRP, norma por muitos considerada inexecutável por si mesma para que pudesse ser invocada a sua aplicabilidade directa, não obstante o carácter preceptivo das normas constitucionais sobre direitos, liberdades e garantias (art. 18º nº 1 da CRP)”.

Embora ainda não desfrute do devido reconhecimento a nível internacional, a ação popular portuguesa passou a ser, certamente, em razão do lastro constitucional e das inovações contidas na lei de 1995, exemplo de padrão normativo, em termos de ação coletiva.

No ano seguinte, os consumidores passaram a ter um código moderno de defesa dos seus interesses, consubstanciado na Lei n. 24/96. Em termos processuais, há que se ressaltar, no entanto, a manutenção da aplicabilidade da ação popular para a proteção dos interesses coletivos em geral,

inclusive dos consumidores, em sentido lato, ou seja, abrangendo os difusos, coletivos e individuais homogêneos, segundo a classificação brasileira. A questão suscitou, entretanto, certa controvérsia nos tribunais portugueses²⁵⁴, tendo sido, por fim, pacificada, conforme esposado pelo Supremo Tribunal de Justiça, em julgado com a seguinte conclusão²⁵⁵:

“I – O artº 1º da Lei 83/95, de 31 de agosto, abarca não só os ‘interesses difusos’, mas também os ‘interesses individuais homogêneos’.

II – Os ‘interesses difusos’ são os radicados na própria colectividade, deles sendo titular uma pluralidade indefinida de sujeitos, reportando-se a bens por natureza indivisíveis e insusceptíveis de apropriação individual.

III – Os ‘interesses individuais homogêneos’ representam todos aqueles casos em que os membros da classe são titulares de direitos diversos, mas dependentes de uma única questão de

²⁵⁴ Como esclarece Miguel Teixeira de Souza, *A tutela jurisdicional do consumo e do ambiente em Portugal*, p. 385, utilizando-se da classificação portuguesa, supramencionada, o “acórdão da Relação de Lisboa de 12 de Junho de 1997 (publicado na Colectânea de Jurisprudência 1997/3, 107 ss.) recusou a integração dos interesses colectivos nos interesses difusos e, por isso, não reconheceu legitimidade a uma associação de consumidores para a defesa de interesses que foram considerados colectivos mas não difusos; pelo contrário, o acórdão do Supremo de Tribunal de Justiça, de 23 de Setembro de 1997 (ainda inédito) aceitou a referida tripartição no âmbito dos interesses difusos lato sensu e reconheceu a legitimidade de uma associação de consumidores para obter a tutela judicial de interesses difusos, colectivos e individuais homogêneos”.

²⁵⁵ Trata-se do julgamento referido, na nota anterior, pelo jurista português.

facto ou de direito, pedindo-se para todos eles um provimento jurisdicional de conteúdo idêntico.

IV – O direito de reparação de danos do consumidor por incumprimento de contrato inclui-se na categoria dos ‘interesses individuais homogêneos’.

V – A Associação de Consumidores de Portugal (ACOP) tem legitimidade para propor acção popular tendo por objecto o pedido de indemnização dos assinantes de contratos do serviço telefónico público por violação do mesmo por parte da Portugal Telecom, S. A.”²⁵⁶

A ação popular, todavia, não é o único meio de defesa dos interesses pluriindividuais em Portugal, embora possa ser considerada como a lei que regula, de modo geral, as principais questões relacionadas ao processo e à ação coletiva, bem como o procedimento aplicável.

A tutela coletiva, por certo, não deve ocupar papel de menor importância na sociedade contemporânea, tendo em vista as relações e necessidades de massa que se multiplicam no contexto moderno. Conseqüentemente, não deve receber tratamento de matéria extravagante, bem como ficar relegada à aplicação tópica e esporádica, dentro de moldes concebidos unicamente para os litígios individuais. Passo importante e necessário, portanto,

²⁵⁶ *Apud* Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, p. 42-43. O acórdão e as alegações foram selecionados e levados à publicação, no Brasil, graças à iniciativa de Ada Pellegrini Grinover, *Revista de Direito do Consumidor*, n. 27, p. 88-102.

é a introdução e sistematização do processo coletivo, como parte integrante e fundamental do Direito Processual, nos estatutos vigentes. Nesse sentido, é de se notar a preocupação dos juristas lusos, que fizeram questão de introduzir no Código de Processo Civil português, em harmonia com o novo estatuto da ação popular, disposição relativa às ações coletivas, nos seguintes termos:

“ARTIGO 26º-A

(Acções para a tutela de interesses difusos)

Têm legitimidade para propor e intervir nas acções e procedimentos cautelares destinados, designadamente, à defesa da saúde pública, do ambiente, da qualidade de vida, do património cultural e do domínio público, bem como à protecção do consumo de bens e serviços, qualquer cidadão no gozo dos seus direitos civis e políticos, as associações e fundações defensoras dos interesses em causa, as autarquias locais e o Ministério Público, nos termos previstos na lei.”²⁵⁷

Em termos mais específicos, deve ser registrado, também, que a tutela inibitória, como afirma Miguel Teixeira de Souza, encontra-se prevista, no art. 10, n. 1, primeira parte, para a defesa dos interesses dos consumidores, e, no art. 25, do Decreto-Lei n. 446/85, especificamente quanto às chamadas cláusulas

²⁵⁷ O dispositivo foi inserido e teve a sua redação atual conferida, respectivamente, pelos Decretos-Leis n. 329-A, de 12.12.95, e 180, de 25.09.96.

contratuais gerais²⁵⁸, “destinada a obter a condenação na abstenção do uso ou da recomendação de cláusulas nulas”.²⁵⁹

7.4. A ação popular (coletiva) portuguesa

Nos termos do art. 52, n. 3, da Constituição portuguesa, combinado com o art. 1º, n. 2, da Lei n. 83/95, a ação popular pode ser utilizada para a persecução dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Não se preza, portanto, para a consecução de direitos estritamente individuais. Dentre outros bens jurídicos²⁶⁰, poderá ser empregada para a defesa da saúde pública, do ambiente, da qualidade de vida, dos consumidores de bens e serviços, do patrimônio cultural e do domínio público.

Não se confunde, portanto, com a ação popular brasileira, pois a portuguesa possui espectro bem mais amplo, podendo, nos termos do art. 12, n. 2, da Lei 83/95, “revestir qualquer das formas previstas no Código de Processo Civil”. Caber-se-ia, talvez, dizer que a ação pública portuguesa equivaleria, no Brasil, a um modelo, que unificasse, em termos processuais e procedimentais, as ações popular, prevista na Lei 1.711/65, civil pública, estatuída na Lei 7.347/85,

²⁵⁸ Vide sobre as cláusulas contratuais gerais, *supra*, especialmente os capítulos referentes à Itália e Alemanha.

²⁵⁹ Miguel Teixeira de Souza, *A tutela jurisdicional do consumo e do ambiente em Portugal*, p. 390.

²⁶⁰ As enumerações, contidas na Constituição e na lei, segundo Miguel Teixeira de Souza, *A tutela jurisdicional do consumo e do ambiente em Portugal*, p. 392, são meramente enunciativas.

do consumidor (Lei 8.078/90), e, *last but not least*, com as ações coletivas, firmadas nos arts. 5º, incisos XXI, LXX e LXXIII, e 8º, III, da Constituição da República.

A ação popular é extremamente inovadora e pluralista, seguindo, portanto, as lições de Mauro Cappelletti²⁶¹. Poderá, assim, em conformidade com o art. 52, n. 3, da Constituição, e com o art. 2, da Lei 83/95, ser proposta por “quaisquer cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos” e pelas “associações e fundações defensoras dos interesses no artigo anterior, independentemente de terem ou não interesse directo na demanda”, bem como pelas “autarquias locais em relação aos interesses de que sejam titulares residentes na área da respectiva circunscrição”.

O padrão português de legitimidade para a ação popular reuniu experiências decorrentes de modelos diversos, como o das *class actions* americanas e o das associações europeias.

O direito luso ofereceu tratamento da maior relevância quanto à chamada legitimação concorrente e o exercício concomitante do direito de ação pelos legitimados. Dentro do esquema tradicional, a ocorrência da litispendência pressupõe identidade de causas, necessitando, assim, a coincidência de todos os elementos, ou seja, as mesmas partes, pedidos e causas de pedir. A aplicação clássica e literal conduz, naturalmente, à inexistência de litispendência, embora, de fato, a atividade jurisdicional esteja envolvendo a mesma lide e os mesmos interessados. Por essa razão, as várias entidades legitimadas devem ser

²⁶¹ Vide, *supra*, o capítulo sobre a Itália.

consideradas as mesmas sob o ponto de vista da sua qualidade jurídica, com base no art. 498, n. 2, do Código de Processo Civil português. Evita-se, desse modo, a pendência simultânea de várias ações coletivas relacionadas com a mesma lesão ou ameaça de lesão.²⁶²

É de se notar e reverenciar, especialmente, a legitimação conferida aos indivíduos para, em nome próprio e de modo amplo, defender interesses alheios²⁶³.

Quanto às associações, o sistema adotado em Portugal logrou romper com as amarras do individualismo e até do corporativismo, para abraçar a solução dos conflitos, a economia judicial e o amplo acesso à justiça, como valores superiores, na medida em que os entes associativos poderão defender em

²⁶² Nesse sentido, Miguel Teixeira de Souza, *A tutela jurisdicional do consumo e do ambiente em Portugal*, p. 400-401.

²⁶³ Sobre o tema, escreveu Miguel Teixeira de Souza, *A tutela jurisdicional do consumo e do ambiente em Portugal*, p. 394: “Além disso, quanto às entidades às quais é atribuída legitimidade para a propositura da acção popular, também merece ser realçada a opção feita no artº 52º, nº 3, da Constituição pela concessão dessa legitimidade tanto a pessoas singulares como a associações representativas. Esta solução legal tem uma importante relevância prática. É que sucede que, muitas vezes, a insignificância do dano sofrido por cada uma das pessoas individualmente consideradas, a fraqueza do litigante isolado, a excessiva onerosidade do acesso à justiça e o temor de enfrentar uma contraparte economicamente poderosa afastam o lesado de actuar processualmente na defesa do seu próprio interesse²⁰. Esta situação só pode ser superada através do abandono de uma concepção individualista do processo civil. Uma forma de o conseguir é atribuir a um sujeito individual a representação em juízo de todos os demais que se encontram, perante um certo interesse difuso, numa posição semelhante (de lesados ou de ameaçados de lesão, nomeadamente); uma outra consiste em atribuir legitimidade processual aos entes colectivos cujo objectivo estatutário seja a defesa do interesse difuso ameaçado ou ofendido. Ambas as soluções permitem agrupar os interesse, por vezes economicamente não muito significativos, de cada um dos sujeitos atingidos”.

juízo não apenas os seus integrantes, mas todas as pessoas interessadas na causa. Como leciona Miguel Teixeira de Souza²⁶⁴, importa “evidenciar a representação que é assumida por essas organizações: elas não representam os seus membros ou fundadores, mas todos aqueles que estão interessados na defesa e protecção de um interesse difuso e que podem ser afectados pela ameaça da sua ofensa ou pela sua violação efectiva. Quer dizer: o próprio interesse difuso é subjectivamente mais amplo do que a representação que essas organizações possuem em relação aos seus membros ou fundadores”.

As associações deverão, no entanto, gozar de personalidade jurídica, ou seja, estar constituída, consignar “expressamente nas suas atribuições ou nos seus objectivos estatutários a defesa dos interesses em causa no tipo de acção de que se trate” e não “exercerem qualquer tipo de actividade profissional concorrente com empresas ou profissionais liberais”.²⁶⁵

A grandeza demonstrada na concessão de legitimidade aos indivíduos, associações e entes públicos, não se revela, todavia, em relação ao papel deferido ao Ministério Público. O problema não diz respeito à atuação do *parquet* português. Na Europa, em geral, a vinculação dos magistrados de pé ao Estado e às funções eminentemente penais ainda é predominante. Na ação popular lusa, nos termos do art. 16, da Lei n. 83/95, reservou-se ao Ministério Público, em primeiro lugar, o duplo papel de fiscalização e de representação do Estado, dos ausentes, dos menores e dos demais incapazes, quando estiverem figurando como parte na causa. A atuação como parte está prevista, tão-somente,

²⁶⁴ *A tutela jurisdicional do consumo e do ambiente em Portugal*, p. 395-396.

²⁶⁵ Art. 3º da Lei 83/95.

no n. 3, do art. 16, da Lei 83/95, na medida em que, no “âmbito da fiscalização da legalidade, o Ministério Público poderá, querendo, substituir-se ao autor em caso de desistência da lide, bem como de transacção ou de comportamentos lesivos dos interesses em causa”.

No art. 13, a Lei 83/95 estabeleceu, sob a denominação de regime especial de indeferimento da petição inicial, a possibilidade do julgador extinguir, *in limine*, o processo, após ouvir o Ministério Público e realizar eventuais averiguações, que sejam consideradas necessárias, quando considerar “que é manifestamente improvável a procedência do pedido”. A medida é altamente temerária, tendo em vista o princípio do devido processo legal. Trata-se, aparentemente, de transposição da *mootness doctrine* do direito norteamericano²⁶⁶.

O direito português adotou, ainda, no que diz respeito à vinculação dos interessados, o sistema de *opt-out*²⁶⁷. Por conseguinte, estarão todos os demais titulares dos direitos individuais homogêneos ou interessados submetidos aos efeitos da coisa julgada coletiva, caso não tenham exercido,

²⁶⁶ Robert H. Klonoff, *Class actions and other multi-party litigation*, p. 18: “As a general matter, courts do not allow someone to serve as a class representative if his or her claim is moot”.

²⁶⁷ Denominou, o legislador português, a hipótese de defesa dos interesses alheios de “regime especial de representação processual”, conforme consta na rubrica do art. 14, cujo preceito é: “Nos processos de acção popular, o autor representa por iniciativa própria, com dispensa de mandato ou autorização expressa, todos os demais titulares dos direitos ou interesses em causa que não tenham exercido o direito de auto-exclusão previsto no artigo seguinte, com as consequências constantes da presente lei”.

tempestivamente²⁶⁸, o direito de auto-exclusão, previsto no art. 15, da Lei n. 83/95.

Para que a coisa julgada pudesse atingir os demais interessados, que não figurassem como parte no processo, bem como propiciar o exercício do direito de exclusão, sem que houvesse lesão aos princípios do devido processo legal e do direito de ação e de defesa, foi estabelecida pelo legislador luso, no art. 15, n. 1, da Lei da Ação Popular, a necessidade de comunicação prévia aos interessados, denominando-a, entretanto, com atecnia, de citação²⁶⁹.

Trata-se, no caso, de aplicação, à espécie, da exigência – “*the best notice practicable*” - contida na Regra 23 (c) (2), das *Federal Rules of Civil Procedure* americanas.

Admite, contudo, expressamente, a lei portuguesa que a citação (*rectius* intimação ou simplesmente comunicação) seja “feita por anúncio ou anúncios tornados públicos através de qualquer meio de comunicação social ou editalmente, consoante estejam em causa interesses gerais ou geograficamente localizados, sem obrigatoriedade de identificação pessoal dos destinatários, que

²⁶⁸ A recusa ou exclusão poderá ser requerida, nos termos do art. 16, n. 4, da Lei n. 83/95, “pelo representado até ao termo da produção de prova ou fase equivalente, por declaração expressa nos autos”.

²⁶⁹ Artigo 15.º *Direito de exclusão por parte de titulares dos interesses em causa*

“1 - Recebida petição de acção popular, serão citados os titulares dos interesses em causa na acção de que se trate, e não intervenientes nela, para o efeito de, no prazo fixado pelo juiz, passarem a intervir no processo a título principal, querendo, aceitando-o na fase em que se encontrar, e para declararem nos autos se aceitam ou não ser representados pelo autor ou se, pelo contrário, se excluem dessa representação, nomeadamente para o efeito de lhes não serem aplicáveis as decisões proferidas, sob pena de a sua passividade valer como aceitação, sem prejuízo do disposto no n.º 4.”

poderão ser referenciados enquanto titulares dos mencionados interesses, e por referência à acção de que se trate, à identificação de pelo menos o primeiro autor, quando seja um entre vários, do réu ou réus e por menção bastante do pedido e da causa de pedir”.²⁷⁰ E, ainda, quando “não for possível individualizar os respectivos titulares, a citação prevista no número anterior far-se-á por referência ao respectivo universo, determinado a partir de circunstância ou qualidade que lhes seja comum, da área geográfica em que residam ou do grupo ou comunidade que constituam, em qualquer caso sem vinculação à identificação constante da petição inicial, seguindo-se no mais o disposto no número anterior”.²⁷¹

As sentenças transitadas em julgado, proferidas em ações coletivas, têm eficácia *erga omnes*, nos termos do art. 19, n. 1, salvo quando o pedido for julgado improcedente por falta de provas ou em relação àqueles interessados que tiverem exercido, tempestivamente, o direito de exclusão. O dispositivo permitiu, ainda, que o julgador deixe de atribuir a eficácia geral, “fundado em motivações próprias do caso concreto”, refletindo, também aqui, o aumento dos poderes do juiz, em sede de ação coletiva.

A Lei da Ação Pública estabeleceu a responsabilidade por violação dolosa ou culposa dos interesses tutelados, responsabilizando o agente causador pela obrigação de indenizar o lesado ou lesados pelos danos causados. Mas, não sendo as vítimas identificadas, proceder-se-á à fixação da indenização globalmente²⁷². Os valores correspondentes a direitos prescritos são entregues e

²⁷⁰ Art. 16, n. 2, da Lei n. 83/95.

²⁷¹ Art. 16, n. 3, da Lei n. 83/95.

²⁷² Art. 22, n. 1 e 2.

escriturados pelo Ministério da Justiça, que os utilizará para o pagamento da procuradoria e ao apoio, no acesso à justiça, para novas demandas coletivas²⁷³.

²⁷³ Art. 22, n. 5.

Capítulo 8 – Canadá

As ações coletivas estão previstas, no Canadá, no âmbito federal e provincial. Quebec²⁷⁴ foi pioneira na introdução legislativa do remédio denominado *recours collectif*, em 1978, no seu *Code de Procedure Civile*. Na prática, no entanto, o número de processos coletivos instaurados – 359 - durante os primeiros vinte anos de existência da lei, demonstra que o meio judicial era de uso bastante comedido na antiga colônia francesa.

Em 1992,²⁷⁵ foi editada a *Ontario Class Proceedings Act*²⁷⁶, seguida pela Lei de Processamento Coletivo, aprovada em 1995, na província de British Columbia. Vale a pena ressaltar a grande concentração populacional e de indústrias na região das duas províncias, sendo certo que as coisas realmente andaram, em termos de ações coletivas no Canadá, a partir da entrada em vigor das *Class Proceedings Acts* de Ontário e British Columbia, tendo a segunda se inspirado, em grande parte, na primeira²⁷⁷.

²⁷⁴ A autonomia das províncias no Canadá reflete-se em vários aspectos, como, por exemplo, a escolha do sistema jurídico e a amplitude das atribuições legislativas. Quebec, no caso, fiel à influência francesa, adota a *civil law*.

²⁷⁵ O estatuto entrou em vigor, no entanto, no dia 1º de janeiro de 1993.

²⁷⁶ A lei resultou de intenso debate, durante dez anos, a partir da instituição, em 1982, da comissão designada para a elaboração do projeto-de-lei.

²⁷⁷ Nesse sentido, Garry Watson, *Class actions in Canada (Outline)*, p. 1.

Note-se que as normas relacionadas com as ações coletivas foram fixadas legalmente nas províncias, ao invés de regras emanadas dos tribunais. O modelo adotado, nas três leis, é estruturalmente similar ao disposto na Regra 23 do direito federal norte-americano, embora as normas canadenses sejam mais liberais, no que se refere à instauração e processamento das *class actions*, do que as americanas.

Em termos metodológicos, adotar-se-á o estudo das ações de classe canadenses, basicamente, a partir da legislação da província de British Columbia, tendo em vista ser a mais recente e que seguiu, em linhas gerais, o estatuto de Ontário, com a indicação eventual de peculiaridades existentes nas normas das demais províncias. Na medida em que já se procedeu à exposição das *class actions* norte-americanas, com as quais, como anteriormente mencionado, guardam afinidades, serão ressaltadas, neste capítulo, tão-somente, as características específicas das ações de classe canadenses.

Cabe registrar que, no âmbito federal, as ações coletivas estão previstas, a partir de 1998, na Regra 114, das *Federal Court Rules*, sob a denominação de *representative proceedings*.

Em razão das normas internas de competência, as causas coletivas dirigem-se, primordialmente, para os órgãos judiciais das províncias. Todavia, as normas federais acabam exercendo razoável influência sob as legislações locais²⁷⁸. Não por acaso, a confluência da regra federal com as novas normas estabelecidas nas poderosas províncias de Quebec, Ontário e British Columbia

²⁷⁸ Nesse sentido, Birgit Bachmann, *Die Class Action im kanadischen Recht*, p. 380 e ss.

aponta para transformações no cenário do Direito Processual Civil canadense, com a proliferação das *class actions*²⁷⁹.

Em conformidade com a Regra Federal 114 (1), quando duas ou mais pessoas tiverem o mesmo interesse, a ação poderá ser instaurada por iniciativa ou em face de algum ou alguns deles, na qualidade de parte representativa de alguns ou de todos os demais²⁸⁰. A indicação da parte representativa poderá, também, a qualquer tempo, ser feita, mediante requerimento, pelo próprio tribunal²⁸¹. Por fim, a Regra 114 (4) assevera a vinculação de todos os interessados, ressalvando, entretanto, a ineficácia diante dos que exerceram o direito de exclusão (*opt-out*)²⁸².

As exigências para a admissibilidade de uma ação como de classe (*certification*) são relativamente brandas. Nos termos do art. 4, do *Class Proceedings Act*, de British Columbia, a postulação deve vir acompanhada de uma causa de pedir, sendo necessária a identificação de uma classe com no mínimo duas pessoas; as pretensões da classe precisam estar relacionadas com

²⁷⁹ Vide S. Gordon Mckee, *Class actions in Canada: a potentially momentous change to canadian litigation*.

²⁸⁰ “114. (1) Where two or more persons have the same interest in a proceeding, the proceeding may be brought by or against any one or more of them as representing some or all of them”.

²⁸¹ “114. (2) At any time, the Court may, on motion, appoint a person to represent some or all of the parties in a proceeding referred to in subsection (1)

Order binding on represented persons

(3) Where under subsection (2) the Court appoints a person not named as a party to the proceeding, it shall make an order adding that person as a party.”

²⁸² “Order binding on represented persons

(4) An order in a proceeding referred to in subsection (1) is binding on all represented parties, but shall not be enforced against them without leave of the Court.”

questões comuns; a ação de classe deve ser, procedimentalmente, preferível para a resolução das *common issues*; e o autor ideológico (*representative plaintiff*) deve representar justa e adequadamente os interesses da classe, não apresentando interesses conflitantes com outros membros do grupo e tendo um plano de atuação viável para o processamento do feito²⁸³.

²⁸³ “Class certification

4 (1) *The court must certify a proceeding as a class proceeding on an application under section 2 or 3 if all of the following requirements are met:*

- (a) the pleadings disclose a cause of action;*
- (b) there is an identifiable class of 2 or more persons;*
- (c) the claims of the class members raise common issues, whether or not those common issues predominate over issues affecting only individual members;*
- (d) a class proceeding would be the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the common issues;*
- (e) there is a representative plaintiff who*
 - (i) would fairly and adequately represent the interests of the class,*
 - (ii) has produced a plan for the proceeding that sets out a workable method of advancing the proceeding on behalf of the class and of notifying class members of the proceeding, and*
 - (iii) does not have, on the common issues, an interest that is in conflict with the interests of other class members*

2) *In determining whether a class proceeding would be the preferable procedure for the fair and efficient resolution of the common issues, the court must consider all relevant matters including the following:*

- (a) whether questions of fact or law common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members;*
- (b) whether a significant number of the members of the class have a valid interest in individually controlling the prosecution of separate actions;*
- (c) whether the class proceeding would involve claims that are or have been the subject of any other proceedings;*
- (d) whether other means of resolving the claims are less practical or less efficient;*
- (e) whether the administration of the class proceeding would create greater difficulties than those likely to be experienced if relief were sought by other means.”*

Quanto à necessidade da comunicação (*notice*) aos demais membros da classe, a exigência encontra-se prevista, como etapa posterior à certificação, no art. 19 (1)²⁸⁴. Todavia, a legislação canadense concede maiores poderes ao juiz, diante da questão da comunicação, que poderá, até, ser dispensada, com fulcro nos números (2) e (3),²⁸⁵ do art. 19. Para tanto, deverá o julgador levar em consideração fatores como o custo para a realização das intimações; a natureza do remédio judicial em foco; a dimensão, individualmente considerada, das pretensões dos membros da classe; o número de interessados; a presença de sub-classes; a possibilidade de exclusão dos ausentes; o lugar em que estão domiciliados os membros da classe, bem como qualquer outra questão relevante.

A lei prevê, ainda, que a comunicação possa ser feita mediante entrega pessoal, carta, afixação de edital, anúncio, publicação, panfletagem, notificação individual por amostragem ou qualquer outro meio ou combinação de

²⁸⁴ “19 (1) Notice that a proceeding has been certified as a class proceeding must be given by the representative plaintiff to the class members in accordance with this section.”

²⁸⁵ “(2) The court may dispense with notice if, having regard to the factors set out in subsection (3), the court considers it appropriate to do so.

(3) The court must make an order setting out when and by what means notice is to be given under this section and in doing so must have regard to the following:

- (a) the cost of giving notice;
- (b) the nature of the relief sought;
- (c) the size of the individual claims of the class members;
- (d) the number of class members;
- (e) the presence of subclasses;
- (f) whether some or all of the class members may opt out of the class proceeding;
- (g) the places of residence of class members;
- (h) any other relevant matter.”

meios que a corte considere apropriada²⁸⁶. Por fim, o juiz poderá, nos termos dos artigos 23 e 24, determinar que o pólo ativo ou passivo proceda às comunicações, bem como se os custos serão rateados ou suportados apenas por uma das partes²⁸⁷.

O sistema adotado no Canadá é bastante interessante no que diz respeito à vinculação dos membros da classe, ou seja, dos efeitos subjetivos e objetivos da coisa julgada. O procedimento de certificação que chegue a resultado positivo deve culminar com uma decisão não apenas de admissibilidade, mas que estabeleça, claramente, quais serão as questões comuns referentes à classe ou subclasse, bem como a delimitação dos membros do grupo, a natureza das pretensões que estão sendo empreendidas em nome da classe e o instrumento processual concedido²⁸⁸.

²⁸⁶ “(4) *The court may order that notice be given by*

(a) personal delivery,

(b) mail,

(c) posting, advertising, publishing or leafleting,

(d) individually notifying a sample group within the class, or

(e) any other means or combination of means that the court considers appropriate.”

²⁸⁷ “*Giving of notice by another party*

23 The court may order a party to give the notice required to be given by another party under this Act.

Costs of notice

24 (1) The court may make any order it considers appropriate as to the costs of any notice under this Division, including an order apportioning costs among parties.

(2) In making an order under subsection (1), the court may have regard to the different interests of a subclass.”

²⁸⁸ “*Contents of order on common issues*

25 An order made in respect of a judgment on common issues of a class or subclass must

(a) set out the common issues,

(b) name or describe the class or subclass members to the extent possible,

Por conseguinte, o julgamento da questão comum referente à classe ou subclasse vinculará todos os membros da classe ou subclasse que não tenham se utilizado, oportunamente, do direito de exclusão. A extensão dos efeitos da coisa julgada estará condicionada ao cumprimento do disposto no art. 25, do *Class Proceedings Act*, como exposto na parte final do parágrafo anterior²⁸⁹. Por outro lado, o tribunal poderá decidir sobre a existência de questões individuais referentes apenas a algumas pessoas. Se assim for, estabelecerá as matérias que serão decididas futuramente pelo mesmo órgão julgador ou por outro.

Na legislação de Ontário, a regra básica determina que o autor da ação coletiva (e não os membros da classe), que não obtiver sucesso na postulação, fique pessoalmente responsável pelas despesas processuais da parte contrária. Todavia, o impacto inibitório que essa norma poderia representar para o acesso à justiça é mitigado pela previsão, também contida na legislação, da existência do *Class Proceedings Fund*. Os autores podem receber a assistência do fundo, inclusive para o pagamento, parcial ou total, de eventual verba de

(c) state the nature of the claims asserted on behalf of the class or subclass, and
(d) specify the relief granted.”

²⁸⁹ “Judgment on common issues is binding

26 (1) A judgment on common issues of a class or subclass binds every member of the class or subclass, as the case may be, who has not opted out of the class proceeding, but only to the extent that the judgment determines common issues that

(a) are set out in the certification order,

(b) relate to claims described in the certification order, and

(c) relate to relief sought by the class or subclass as stated in the certification order.

(2) A judgment on common issues of a class or subclass does not bind a party to the class proceeding in any subsequent proceeding between the party and a person who opted out of the class proceedings.”

sucumbência²⁹⁰. Os honorários advocatícios são estabelecidos ou aprovados pelos tribunais.

Por fim, a avaliação dos juristas canadenses, em relação à experiência com as ações de classe, principalmente a partir da introdução nas províncias de Ontário e British Columbia, respectivamente em 1993 e 1995, é positiva. Nesse sentido e como exemplo, podem ser transcritas as palavras de Garry Watson, diante da indagação se, em termos gerais, as ações de classe no Canadá têm sido uma boa coisa para os cidadãos:

*“Though it is apparent that some judges are unsympathetic to some class actions, on the whole the judiciary seems to believe at least that class actions are here to stay and that they have an important and valuable role to play because they afford access to justice to many who could never in their wildest dreams hope to litigate individually.”*²⁹¹

²⁹⁰ Garry D. Watson, *Class Actions in Canada*.

²⁹¹ *Class Actions in Canada*.

Capítulo 9 – França

A tutela coletiva na França encontra característica peculiar: esteve quase sempre vinculada ao processo penal, ou, mais especificamente, à denominada *action civile*. Prevista no art. 2º do *Code de Procédure Pénale* (CPP), a ação civil francesa visa ao pagamento de uma indenização, proveniente de dano causado por fato típico penal:

“L’action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l’infraction.”

A invocação do art. 2º do CPP foi se ampliando gradativamente, através de autorizações legais, para que organizações coletivas pudessem atuar como *partie civile*, propondo a referida ação civil coletiva.

O desenvolvimento das ações coletivas tem início no fim do século XIX, com a edição da Lei de 21 de março de 1884, prevendo a legitimação dos sindicatos. As associações passam, também, a poder demandar, nos termos do art. 6º, da Lei de 1º de julho de 1901. Em 1913, as Câmaras reunidas da Corte de Cassação proferem julgamento, considerado fundamental, reconhecendo o direito

das entidades sindicais de ajuizarem ações visando à proteção dos interesses coletivos da profissão²⁹². O teor do pronunciamento acaba sendo transposto para a legislação trabalhista subsequente, com a edição da Lei de 12 de março de 1920²⁹³. A regra, referente aos sindicatos, encontra-se atualmente prevista no Código do Trabalho, com a seguinte redação:

(syndicats professionnels)

Art. L. 411-11 Code du travail :

“ Ils peuvent devant toutes les juridictions exercer tous les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'il s représentent.”

De outra maneira, acabou sucedendo com as associações civis e ordens profissionais, ainda no início do século. Em 1923, as Câmaras Reunidas da Corte de Cassação negaram a legitimidade das associações para a defesa de interesses coletivos²⁹⁴. Embora contraditório, o entendimento jurisprudencial denegando a possibilidade de defesa metaindividual pelas associações, ainda quando o litígio estivesse relacionado com os seus objetivos, firmou-se durante muitos anos, principalmente nos arestos da Corte de Cassação.

²⁹² Vide Hans-Jürgen Puttfarken e Nicole Franke, *Die action civile der Verbände in Frankreich*, p. 154.

²⁹³ Art. 5º.

²⁹⁴ *Chambres réunies*, 15.6.1923, D. P. 1924, 1, 153.

Sobretudo nas décadas de 70 e 80, a situação começa a mudar, ainda que em casos inicialmente isolados nos tribunais superiores. Nesse sentido, vale a pena destacar o famoso caso “Le Pen”, decidido em 1971. O político radical de direita havia lançado um disco com canções e discursos nacional-socialistas (“*Voix et chants de la révolution allemande*”) e, por conseguinte, foi acusado pela prática do cometimento do crime de apologia de crimes de guerra. Interposto um recurso pela associação *Réseau du souvenir*, composta de membros da Resistência, contra a inadmissibilidade decretada na primeira instância, cassou a Corte de Cassação a decisão, expressando que:

“Cette association spécialement créée pour conserver la mémoire de ceux que sont morts dans les camps de concentration et reconnue à cet effet d’utilité publique subit (...) un préjudice direct et personnel (...); la recevabilité de son intervention découle de la spécialité de son but et de l’objet de sa mission.”

No campo legislativo, as associações começam a ganhar espaço nos novos estatutos aprovados. Em 1972, é aprovada a Lei n. 546, de 1º de julho, permitindo que as associações, registradas há no mínimo cinco anos, pudessem demandar em razão de práticas racistas, quando a luta contra a discriminação constasse dos seus objetivos estatutários²⁹⁵. No ano seguinte, é aprovada a Lei n. 73-1193, de 27.12.1973, *Loi Royer*, cujo art. 46²⁹⁶ previa a legitimação das

²⁹⁵ Como informa Pedro da Silva Dinamarco, *Ação civil pública*, p. 34.

²⁹⁶ “*Les associations régulièrement déclarées ayant pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs peuvent, si elles ont été agréées à cette fin, exercer devant toutes les juridictions*

associações de defesa dos consumidores para exercer a ação civil, perante todas as jurisdições, relativamente aos fatos que produzissem prejuízos, direta ou indiretamente, aos interesses coletivos dos consumidores. A norma encontra-se, atualmente, prevista no art. L. 421-1 do Código de Consumo, com a seguinte redação:

“As associações, que estiverem devidamente registradas e cujo escopo, expressamente previsto nos estatutos, for defender os interesses dos consumidores, poderão, se estiverem autorizadas, exercer os direitos reconhecidos à parte civil, relativamente aos fatos que produzam um prejuízo direto ou indireto ao interesse coletivo dos consumidores.”²⁹⁷

No âmbito do direito ambiental, há leis dispendo sobre a legitimação das associações para a propositura da *action civile*, destacando-se o Código Rural, cujo art. L. 252-3 prevê: “*Les associations agréées mentionnées à l'article L. 252-2 peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les faits portant un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre et constituant une infraction aux dispositions législatives relatives à la protection de la nature et de l'environnement, à*

l'action civile relativement aux faits portants un préjudice direct ou indirect à intérêt collectif des consommateurs.”

²⁹⁷ Complementada pelo art. L. 421-2: “*Les associations de consommateurs mentionnées à l'article L. 421-1 et agissant dans les conditions précisées à cet article peuvent demander à la juridiction civile, statuant sur l'action civile, ou à la juridiction répressive, statuant sur l'action civile, d'ordonner au défenseur ou au prévenu, le cas échéant sous astreinte, toute mesure destinée à faire cesser des agissements illicites ou à supprimer dans le contrat ou le type de contrat proposé aux consommateurs une clause illicite.*”

l'amélioration du cadre de vie, la protection de l'eau, de l'air, des sols, des sites et paysages, à l'urbanisme, ou ayant pour objet la lutte contre les pollutions et les nuisances, ainsi qu'aux textes pris pour leur application”.

Em junho de 1989, foi introduzido na Lei n. 88-14, de 5.1.88, sobre investimentos de capital, o art. 12, estabelecendo a possibilidade das associações de defesa dos investidores em valores mobiliários ou em produtos financeiros figurarem como parte civil, relativamente aos fatos que tragam prejuízos diretos ou indiretos aos interesses coletivos de investidores. Da mesma forma, o Código de Saúde Pública previu, no art. L. 355-32, a legitimação das associações antitabagistas para poderem exercer os direitos reconhecidos à parte civil, no que diz respeito às infrações estabelecidas no mesmo código.

Como se vê, a defesa dos interesses coletivos na França está limitada à atuação das associações, como parte civil, nas ações civis (*action civile*). Embora não haja norma geral permissiva, a legislação francesa vem ampliando gradativamente as hipóteses legais nesse sentido.

Capítulo 10 – Espanha

O ordenamento espanhol tem incrementado, nos últimos vinte anos, a defesa dos interesses coletivos. Embora não tenha previsto diretamente a tutela coletiva, a Constituição da Espanha de 1978 estabeleceu, no art. 24, n. 1, que todas *“las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”* e, mais especificamente, no art. 51, n. 1 e 2, que os *“poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”* e *“promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca”*. Estatuiu, ainda, no art. 52, que a *“ley regulará las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos”*.

A concretização da proteção metaindividual, na legislação castelhana, adveio, inicialmente, com a edição da Lei 20/1984, denominada de *Ley General de la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (LGDCU)²⁹⁸. O

²⁹⁸ O direito das associações de consumidores foi regulamentado, em 1990, pelo Real Decreto n. 825, posteriormente modificado pelo Real Decreto n. 2211/1995. Vide especialmente os artigos 1º, 2º, 16 e 18 do Regulamento.

novo estatuto previu, no art. 2º, alínea “e”, como direito básico dos consumidores e usuário, a *“audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan directamente y la representación de sus intereses, todo ello a través de las asociaciones, agrupaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas”*, bem como, no art. 20.1, n. 1, que as *“Asociaciones de Consumidores y Usuarios se constituirán con arreglo a la Ley de Asociaciones y tendrán como finalidad la defensa de los intereses, incluyendo la información y educación de los consumidores y usuarios, bien sea con carácter general, bien en relación con productos o servicios determinados podrán ser declaradas de utilidad pública, integrarse en agrupaciones y federaciones de idénticos fines, percibir ayudas y subvenciones, representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios, y disfrutarán del beneficio de justicia gratuita en los casos a que se refiere el artículo 2.2. Su organización y funcionamiento serán democráticos”*. Para poder gozar dos direitos dispostos na Lei de de Defesa dos Consumidores e Usuários, as associações precisam estar devidamente registradas, nos termos do art. 20.1, n. 3.

No ano seguinte, Lei Orgânica do Poder Judiciário espanhol (LPJ), de 1º de julho de 1985, passou a prever, de modo amplo, a defesa dos direitos e interesses coletivos, ao lado dos individuais, bem como a legitimação de corporações, associações e grupo, perante todos os tribunais:

Art. 7, n. 3: “Los juzgados y tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefenso.

Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción”.

Nos anos seguintes, foram editadas algumas leis extravagantes, estabelecendo a legitimação de associações para determinadas matérias, bem como, seguindo o modelo alemão, a tutela inibitória, tal qual disposto nas Leis sobre *condiciones generales de contratación*, de 13 de abril de 1998, *competencia desleal*”, de 10 de janeiro de 1991, e *la Publicidad*, de 11 de novembro de 1988.

Por fim, o novo Código de Processo Civil da Espanha, denominado de *Ley de Enjuiciamiento Civil*, de 7 de janeiro de 2000, incluiu no seu bojo normas relacionadas com a capacidade das associações e grupos de consumidores para serem partes, bem como a legitimação destas e, também, disposições sobre a sentença e a execução da coisa julgada coletiva. A introdução das normas no Código de Processo representou, sem dúvida, um grande avanço, pois a tutela metaindividual não deve continuar a receber tratamento secundário e não sistemático no ordenamento processual. Ainda assim, entretanto, as normas codificadas dizem respeito expressamente apenas aos interesses coletivos dos consumidores, o que é de se lamentar.

No que diz respeito à capacidade, a nova *Ley de Enjuiciamiento Civil* conferiu, nos termos do art. 6º, também capacidade judiciária aos “*grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados*”. Esses grupos, desprovidos de

personalidade jurídica, passaram a figurar como legitimados, ao lado das associações de consumidores e usuários e de outras entidades legalmente constituídas com o objetivo de promover a defesa dos consumidores, quando os prejudicados forem pessoas determinadas ou que possam ser facilmente determinadas. Embora não tenha aprofundado os critérios distintivos, efetuou o legislador espanhol, a partir da possibilidade ou facilidade na determinação dos interessados, a distinção entre direitos ou interesses, essencial e acidentalmente coletivos, deferindo às associações, com exclusividade, a defesa dos primeiros:

“Artículo 11. Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios.

1. Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios.

2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados.

3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas.”

No art. 15 do Estatuto Processual, determinou o legislador, nos processos promovidos pelas associações ou entidades de proteção aos consumidores e usuários, bem como pelos grupos afetados, a efetivação de comunicação, difundida na área em que haja se manifestado a lesão, dirigida aos realmente prejudicados, para que possam ter a oportunidade de intervir no processo coletivo²⁹⁹. A exigência pode acabar se tornando um empecilho para a propositura das novas ações, na medida em que se está exigindo, quando os interessados forem determinados ou de fácil determinação, com fulcro no art. 15, n. 2, a prévia comunicação como condição para o ajuizamento da demanda³⁰⁰.

²⁹⁹ “Artículo 15. Publicidad e intervención en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios.

1. En los procesos promovidos por asociaciones o entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, o por los grupos de afectados, se llamará al proceso a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual. Este llamamiento se hará publicando la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses.”

³⁰⁰ Art. 15 “2. Cuando se trate de un proceso en el que estén determinados o sean fácilmente determinables los perjudicados por el hecho dañoso, el demandante o demandantes deberán haber comunicado previamente la presentación de la demanda a todos los interesados. En este caso, tras el llamamiento, el consumidor o usuario podrá intervenir en el proceso en cualquier momento, pero sólo podrá realizar los actos procesales que no hubieran precluido.”

Por outro lado, quando o dano atingir uma pluralidade de pessoas indeterminadas ou de difícil determinação, segundo o art. 15, n. 3, o processo deverá ser suspenso, por um prazo que não poderá ultrapassar o bimestre, para que se possa efetuar a publicidade aos prejudicados, abrindo-se a possibilidade para eventual intervenção dos interessados³⁰¹.

Nos termos do art. 219, quando *“se reclame en juicio el pago de una cantidad de dinero determinada o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, no podrá limitarse la demanda a pretender una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago, cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia, o fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deba efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación aritmética”*. Entretanto, o art. 221 admite uma espécie de condenação indeterminada quanto aos beneficiados, ou subjetivamente genérica, nos processos instaurados por associações de consumidores, quando a discriminação individual não for possível. Assim sendo, a sentença estabelecerá os dados, características e requisitos necessários para que se possa, posteriormente, exigir o pagamento, mediante a instauração do processo

³⁰¹ “3. Cuando se trate de un proceso en el que el hecho dañoso perjudique a una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación, el llamamiento suspenderá el curso del proceso por un plazo que no excederá de dos meses y que se determinará en cada caso atendiendo a las circunstancias o complejidad del hecho y a las dificultades de determinación y localización de los perjudicados. El proceso se reanudará con la intervención de todos aquellos consumidores que hayan acudido al llamamiento, no admitiéndose la personación individual de consumidores o usuarios en un momento posterior, sin perjuicio de que éstos puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los artículos 221 y 519 de esta Ley.”

de execução ou intervenção no feito executivo eventualmente já proposto pela associação demandante. O processo de execução será antecedido, no entanto, do procedimento, previsto no art. 519 do Código de Processo Civil, pelo qual *“el tribunal competente para la ejecución, a solicitud de uno o varios interesados y con audiencia del condenado, dictará auto en que resolverá si, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena. Con testimonio de este auto, los sujetos reconocidos podrán instar la ejecución”*.

Capítulo 11 – Austrália

A Austrália aprovou a introdução das *class actions* no seu sistema de direito processual federal, sob a denominação de *representative proceedings*. A inovação consubstanciou-se mediante a aprovação da *Federal Court of Austrália Amendment Act* n. 181, de 4 de dezembro de 1991, inserindo a parte IVA, com vigência a partir de 4 de março de 1992, na *Federal Court of Australia Act 1976*.

A mudança na área federal (*Commonwealth*)³⁰² foi antecedida³⁰³ da inserção nos Estados de Victoria, em 1986, e Austrália do Sul, no ano de 1987. O Estado de Victoria estabeleceu nova legislação processual, no ano de 1999, prevendo os *representative proceedings*.

³⁰² A Austrália possui estrutura federativa, composta de seis estados-membros (New South Wales, South Australia, Queensland, Tasmania, Victoria and Western Australia) e dez territórios.

³⁰³ A informação, relacionada com os dois Estados, foi veiculada por Ada Pellegrini Grinover, *A “class action” brasileira*, p. 25, baseando-se nos relatórios, geral e nacional, respectivamente, de Bryant G. Garth e David Harland, apresentados no XII Congresso de Direito Comparado, realizado em Montreal, em agosto de 1990. A notícia consta também no livro de Márcio Flávio Mafra Leal, *Ações coletivas: história, teoria e prática*, p. 145-148. Todavia, segundo o professor australiano S. Stuart Clark, as ações de classe eram desconhecidas no seu país até 1992 e, no sistema judicial estadual, foram inseridas em Victoria, apenas no ano de 1999. O relato do professor Stuart Clark foi feito em conferência realizada no dia 21 de julho de 2000, em Genebra, e contido no documento, intitulado *Presentation outline: class actions in Austrália*, a ser publicado pela *Duke University*. Dentre muitos dos dados interessantes trazidos pelo jurista palestrante, destaca-se a existência, na Austrália, de número de advogados *per capita* superior ao encontrado nos Estados Unidos da América.

O sistema jurídico australiano estrutura-se de modo similar ao norte-americano e inglês. No entanto, as cortes federais não dispõem de julgamentos por tribunais de júri na área cível, o que, por sinal, também é raro nos órgãos judiciais estaduais.

No direito material, a denominada indenização punitiva normalmente não é aplicável e, quando cabível, atinge valores insignificantes, em comparação com os fixados nos processos judiciais norte-americanos, o que produz, aparentemente, significativos reflexos no campo das *class actions*. Como se verá oportunamente, boa parte dos problemas e temores relacionados com as ações de classe, nos Estados Unidos da América, referem-se a aspectos que não dizem respeito ao procedimento das ações coletivas, mas, sim, a outros fatores, ligados, por vezes, ao próprio direito material, como a fixação de quantias extremamente elevadas, nos casos de responsabilidade civil, o que, coletivamente considerado e eventualmente fixado, passa a ter consequências e repercussões proporcionais.

Em linhas gerais, a ação coletiva australiana possui diferenças consideráveis em relação às *class actions* dos Estados Unidos e da *group litigation* do sistema inglês. O primeiro aspecto é a ausência de um procedimento, ou mesmo fase propriamente dita, para a certificação da ação como coletiva. Isso não significa, naturalmente, que inexistam requisitos, embora significativamente atenuados em cotejo com o americano, mas o controle é realizado em termos de verificação dos pressupostos processuais e das condições da ação, de forma similar, portanto, à praticada nos demais feitos.

Nos termos do art. 33C, do *Federal Court Act*, a primeira exigência diz respeito ao número de membros da classe, que deve ser no mínimo de sete. As pretensões devem estar calcadas em circunstâncias comuns, similares ou relacionadas e a solução dos litígios precisa depender de uma questão comum de direito ou de fato (questão prejudicial). Não se exige, assim, a predominância ou prevalência das questões comuns sobre as individuais, tal qual nas *class actions*, segundo a Regra 23, nos Estados Unidos³⁰⁴.

A existência de pedido de remédio eqüitativo ou de indenização, ainda que requeira estimativas individuais, de contratos ou transações singulares, bem como de atos ou omissões distintos em relação aos membros da classe, não exclui a aplicabilidade do *representative proceeding*³⁰⁵.

O direito de ação, no caso, poderá ser exercido por um ou alguns dos membros da classe, não havendo, em regra, necessidade de manifestação do consentimento³⁰⁶ dos membros ausentes, razão pela qual o sistema pode ser

³⁰⁴ Nesse sentido, S. Stuart Clark, *Outlines class actions Australia*.

³⁰⁵ Art. 33C (2): “*A representative proceeding may be commenced:*

(a) whether or not the relief sought:

(i) is, or includes, equitable relief; or

(ii) consists of, or includes, damages; or

(iii) includes claims for damages that would require individual assessment; or

(iv) is the same for each person represented; and

(b) whether or not the proceeding:

(i) is concerned with separate contracts or transactions between the respondent in the proceeding and individual group members; or

(ii) involves separate acts or omissions of the respondent done or omitted to be done in relation to individual group members”.

³⁰⁶ “33E *Is consent required to be a group member?*

considerado como de exclusão (*opt-out*) e não de inclusão (*opt-in*) dos interessados. Por sua vez, deverá o tribunal, com fulcro no art. 33J, fixar uma data-limite para que se possa exercer o direito de exclusão. Todavia, a requerimento da parte representativa ou do réu, o prazo poderá ser estendido, mas, de qualquer forma, a audiência não deverá ser iniciada antes de expirado o lapso dentro do qual os membros do grupo possam requerer a sua desvinculação do processo³⁰⁷.

A continuidade da ação coletiva pode ser interrompida, se não houver efetiva economia processual, nos termos dos artigos 33M a 33P, valendo destacar que o legislador preocupou-se com ambas as partes (autor e réu),

(1) The consent of a person to be a group member in a representative proceeding is not required unless subsection (2) applies to the person.

(2) None of the following persons is a group member in a representative proceeding unless the person gives written consent to being so:

(a) the Commonwealth, a State or a Territory;

(b) a Minister or a Minister of a State or Territory;

(c) a body corporate established for a public purpose by a law of the Commonwealth, of a State or of a Territory, other than an incorporated company or association; or

(d) an officer of the Commonwealth, of a State or of a Territory, in his or her capacity as such an officer."

³⁰⁷ "33J Right of group member to opt out

(1) The Court must fix a date before which a group member may opt out of a representative proceeding.

(2) A group member may opt out of the representative proceeding by written notice given under the Rules of Court before the date so fixed.

(3) The Court, on the application of a group member, the representative party or the respondent in the proceeding, may fix another date so as to extend the period during which a group member may opt out of the representative proceeding.

(4) Except with the leave of the Court, the hearing of a representative proceeding must not commence earlier than the date before which a group member may opt out of the proceeding."

estatuindo, assim, normas que procuram assentar a idéia de que o embate e a solução judiciais, em termos coletivos, sejam efetivamente superiores. Do contrário, tornar-se-ia o processo não um instrumento para a realização do direito material, mas, ao contrário, mais uma barreira para o acesso à justiça.

Nos termos do art. 33Q, o órgão judicial poderá, diante de questões que são comuns a apenas alguns membros, estabelecer subgrupos, que passarão a ter as suas respectivas partes representativas.

No que toca ao controle da representação adequada, o legislador australiano foi comedido, tendo em vista que previu a hipótese de substituição da parte representativa, do grupo ou do subgrupo, respectivamente nos números (1) e (2) do art. 33T, apenas mediante requerimento de um membro do grupo³⁰⁸. A ausência de controle *ex officio* em relação à adequação da representatividade, na medida em que condicionada à manifestação de pessoa interessada, acaba por colocar em risco direitos alheios, o que poderá representar, em certas situações, lesão ao devido processo legal.

Em regra, os membros do grupo devem ser comunicados da existência da ação, bem como do prazo para o exercício do direito de exclusão.

³⁰⁸ “33T Adequacy of representation

(1) *If, on an application by a group member, it appears to the Court that a representative party is not able adequately to represent the interests of the group members, the Court may substitute another group member as representative party and may make such other orders as it thinks fit.*

(2) *If, on an application by a sub-group member, it appears to the Court that a sub-group representative party is not able adequately to represent the interests of the sub-group members, the Court may substitute another person as sub-group representative party and may make such other orders as it thinks fit.”*

O aviso (*notice*) poderá, entretanto, ser dispensado quando as pretensões não estiverem voltadas para o pagamento de indenizações³⁰⁹. O tribunal poderá deixar de ordenar a intimação pessoal, quando a exigibilidade desta for, dentro de padrões razoáveis, impraticável ou extremamente dispendiosa³¹⁰. Conseqüentemente, a lei permite que a corte autorize a divulgação através de publicidade impressa, rádio ou televisão, bem como por outro meio, nos termos do art. 33Y, (4)³¹¹.

Destacam-se, ainda, no estatuto australiano, os poderes dos juízes, na condução das ações coletivas. Nesse sentido, estabelece o art. 33Z (1) que³¹²:

“The Court may, in determining a matter in a representative proceeding, do any one or more of the following:

(a) determine an issue of law;

(b) determine an issue of fact;

³⁰⁹ Art. 33X (2) *“The Court may dispense with compliance with any or all of the requirements of subsection (1) where the relief sought in a proceeding does not include any claim for damages”*.

³¹⁰ Art. 33Y (5) *“The Court may not order that notice be given personally to each group member unless it is satisfied that it is reasonably practicable, and not unduly expensive, to do so”*.

³¹¹ *“(4) An order under subsection (3) may require that notice be given by means of press advertisement, radio or television broadcast, or by any other means.”*

³¹² O comando, referente aos poderes judiciais, é reforçado, novamente, no art. 33ZF (1): *“In any proceeding (including an appeal) conducted under this Part, the Court may, of its own motion or on application by a party or a group member, make any order the Court thinks appropriate or necessary to ensure that justice is done in the proceeding”*.

(c) make a declaration of liability;

(d) grant any equitable relief;

(e) make an award of damages for group members, sub-group members or individual group members, being damages consisting of specified amounts or amounts worked out in such manner as the Court specifies;

(f) award damages in an aggregate amount without specifying amounts awarded in respect of individual group members;

(g) make such other order as the Court thinks just.”

O art. 33ZB, dispondo sobre os efeitos do julgamento, estatui que um julgamento proferido no bojo de um *representative proceeding* deve descrever ou, de outra maneira, identificar os membros do grupo que serão atingidos pela decisão, que vinculará todas as pessoas que não tenham exercido o direito de exclusão³¹³.

Por fim, o *Federal Court Act* previu, no seu art. 33ZJ, a possibilidade de reembolso das despesas realizadas pela parte representativa, quando houver condenação ao pagamento de indenizações, estabelecendo o

³¹³ “*A judgment given in a representative proceeding:*

(a) must describe or otherwise identify the group members who will be affected by it; and

(b) binds all such persons other than any person who has opted out of the proceeding under section 33J.”

legislador parâmetros para a cobertura, mas deixando, todavia, sob a discricção da corte, a aplicação do pronunciamento que lhe parecer mais justo³¹⁴.

³¹⁴ “33ZJ Reimbursement of representative party’s costs

(1) Where the Court has made an award of damages in a representative proceeding, the representative party or a sub-group representative party, or a person who has been such a party, may apply to the Court for an order under this section.

(2) If, on an application under this section, the Court is satisfied that the costs reasonably incurred in relation to the representative proceeding by the person making the application are likely to exceed the costs recoverable by the person from the respondent, the Court may order that an amount equal to the whole or a part of the excess be paid to that person out of the damages awarded.

(3) On an application under this section, the Court may also make any other order it thinks just.”

Capítulo 12 – Notícia sobre as ações coletivas em outros países

A proliferação das ações coletivas em todo o mundo, principalmente ao longo dos últimos vinte anos, é uma realidade patente. O fenômeno ainda está ocorrendo, sem que se possa dizer que seja típico de determinado continente, sistema jurídico ou, até mesmo, sistema econômico³¹⁵.

O aprofundamento do estudo comparado dessas experiências, por certo, seria enriquecedor e de grande valia para o aperfeiçoamento do sistema brasileiro. Todavia, o presente trabalho não se restringe à análise comparativa e, por essa razão, precisou limitar a averiguação mais detalhada aos países que foram objeto dos capítulos anteriores.

A escolha levou em consideração a importância histórica, doutrinária, legislativa e jurisprudencial do processo coletivo nos respectivos países. Mas, por outro lado, optou-se, também, por deixar de focar, nos capítulos precedentes, países importantes, na medida em que as modificações recentes e/ou em andamento dificultam a apresentação de um quadro mais solidificado.

³¹⁵ Vide, por exemplo, notícia sobre a existência de ações coletivas na China.

No presente capítulo será feita uma breve narração de outros países, em que a tutela coletiva já se tornou, de alguma forma, realidade.

12.1. Argentina

Na Argentina, a introdução da defesa dos interesses coletivos, no âmbito judicial, tomou corpo na década de 90, com novas previsões legais estabelecidas nas províncias e na esfera federal³¹⁶.

As províncias de Tierra del Fuego, Antártida e Islãs del Atlântico Sur³¹⁷, de Santa Fé³¹⁸ e de La Pampa foram precursoras na atividade legislativa em benefício de valores metaindividuais, como os do meio ambiente, dos consumidores e de bens culturais e históricos.

Na província de La Pampa, foi promulgada, em novembro de 1991, a Lei n. 1352, instituindo o *“amparo de los intereses difusos o derechos colectivos relacionado con: a) La defensa del medio ambiente y del equilibrio ecológico, preservando de las depredaciones o alteraciones el aire, las aguas, el*

³¹⁶ Vide, especialmente, Augusto Mario Morello e Gabriel Stiglitz, *Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos*, Daniel A. Sabsay, *El "Amparo Colectivo" Consagrado por la Reforma Constitucional del 1994*, e Augusto Mario Morello, *La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino: legitimaciones, medidas cautelares, trámite y efectos del amparo colectivo*.

³¹⁷ Nesse sentido a Lei Provincial n. 55, sobre o meio ambiente, e respectivo Decreto n. 1.333, de 1993.

³¹⁸ Lei n. 10.000, de 19.12.86, sobre o *“recurso contencioso-administrativo sumario”*.

suelo y sus frutos, los animales y vegetales, incluyendo la defensa contra la contaminación sonora; b) La conservación de los valores estéticos, históricos, urbanísticos, artísticos, arquitectónicos, arqueológicos y paisajísticos; c) Con la defensa de los derechos e intereses del consumidor y d) Con la defensa de cualquier otro bien que responda, en forma análoga, a necesidades de grupos humanos a fin de salvaguardar la calidad de la vida social". Importante notar que a legislação provincial de La Pampa oferecia, diante da violação dos interesses coletivos protegidos, a possibilidade de ajuizamento das ações de *prevención, reparación en especie e reparación pecuniária por el daño colectivo*, permitindo, assim, o uso tanto de tutela inibitória quanto repressiva.

No âmbito federal, foi editada, no ano de 1993, a Lei de Defesa do Consumidor³¹⁹, tendo sido prevista a legitimação, além das pessoas diretamente afetadas, das associações de consumidores, constituídas como pessoas jurídicas, da autoridade nacional ou local incumbida da defesa dos consumidores e do Ministério Público. Este último deverá atuar na qualidade de fiscal da lei, quando não figurar como parte.

Por fim, foi inserido no art. 43, da Constituição Nacional, no ano de 1994, o denominado "amparo coletivo", considerado pela doutrina³²⁰ como o instrumento mais importante para a tutela dos interesses coletivos no direito argentino:

³¹⁹ Lei n. 24.240, alterada pelas Leis n. 24.568/95, n. 24.787/97 e n. 24.999/98.

³²⁰ Nesse sentido, Austusto Mario Morello, *La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino: legitimaciones, medidas cautelares, trámite y efectos del amparo colectivo*.

*“Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más inóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización”.*³²¹

12.2. Israel

O Código de Processo Civil israelense dispõe, no seu art. 29, que todos os autores ou réus de uma determinada causa poderão ser representados por parte deles. Prevê, ainda, que os demais interessados sejam notificados, por meio de intimação pessoal ou de publicação, se a comunicação pessoal não for

³²¹ Redação do primeiro parágrafo do art. 43, da Constituição argentina.

possível, por alguma razão, para que as outras pessoas atingidas possam tomar conhecimento e eventualmente intervir na causa³²².

A jurisprudência israelense capitaneada pelo julgamento proferido pela Suprema Corte, em 1969, no caso *Mekla versus Rabinowitz*, seguiu, inicialmente, o primitivo entendimento esposado pelos tribunais ingleses, no sentido de exigir o “interesse comum” (*same interest*), não admitindo, inclusive, a formulação de pedidos indenizatórios. A ação seria, segundo o aresto, cabível para as pretensões condenatórias de fazer ou não fazer.

A existência da regra já havia sido noticiada no relatório israelense, elaborado por S. Ginnesar e publicado, em 1978, na obra *Acesso à justiça*, organizada por Mauro Cappelletti. Consta, ainda, no trabalho, que o procedimento, previsto no art. 29, era raramente usado, salvo em alguns casos relacionados com investimentos em ações. Stephen Goldstein informa³²³ que apresentou, em Würzburg, na Alemanha, em 1983, por ocasião do II Congresso da Associação Internacional de Direito Processual, novo balanço sobre as ações coletivas em Israel, no qual o quadro descrito em 1978 se mantinha sem grandes modificações. Todavia, no relatório apresentado em Montreal, no ano de 1990,

³²² “(a) In the event that a number of those interested in one cause of action is great a portion of them, at the request of a plaintiff if they are plaintiffs or at the request of a defendant, if they are defendants and with the permission of the Court or the registrar may represent in that cause of action all the interested persons. If the other interested persons do not know of the filing of the cause of action, the court or registrar will notify them of the filing of the cause of action by personal service or by publication if personal service is not practical for any reason that appears to the court or registrar, according to the facts of each individual case.”

³²³ *Class Actions in Israel: Israeli national report submitted to the XIII Congress of the International Academy of Comparative Law*, Montreal, 1990.

no Congresso de Direito Comparado, a perspectiva era de mudanças, considerando, inclusive, as novas interpretações assumidas no direito inglês³²⁴.

12.3. China

Desde a reforma da Lei de Direito Processual Civil, realizada em 1991, a China introduziu formalmente as *daibiaoren susong* (*representative lawsuits* ou ações representativas)³²⁵. Embora os órgãos administrativos continuem a resolver a maioria dos conflitos, a inovação referente às ações coletivas vem despertando o interesse da doutrina local, que, por sua vez, tem afirmado que as demandas metaindividuais vêm incrementando o acesso à justiça e chamando atenção para problemas relacionados, principalmente, com casos de baixa qualidade de produtos, de fraude praticada contra consumidores, de poluição do meio ambiente, falsa propaganda e violações contratuais.

O estabelecimento do instrumento judicial pluriindividual não contrasta, *a priori*, com o regime político e econômico, visivelmente mais voltado para os problemas da coletividade do que com os direitos individuais e humanos. A inserção no código consolidou, por sua vez, certa prática que já vinha tomando assento em algumas cortes, no sentido de permitir que nos

³²⁴ Stephen Goldstein, *Class Actions in Israel: Israeli national report submitted to the XIII Congress of the International Academy of Comparative Law*, p. 5, indica, especialmente, o caso *Prudential Assurance*.

³²⁵ Vide especialmente o trabalho intitulado *Class action in China*, publicado pela *Harvard Law Review*, vol. III 1998.

litisconsórcios multitudinários houvesse a escolha de alguns representantes³²⁶. Ressalte-se, ainda, que a necessidade do processo coletivo na China, assim como em outros países, é evidente, diante do contingente populacional, que, na espécie, atinge a bagatela de mais de um bilhão e trezentos milhões de pessoas.

As ações coletivas chinesas estão separadas em duas categorias, previstas, respectivamente, nos art. 54 e 55 do Código de Processo Civil.

A primeira delas, na verdade, assemelha-se a um litisconsórcio, composto de grande número de pessoas e, por isso, denominável de multitudinário, mas no qual há a possibilidade da escolha, dentre os litisconsortes, de partes representativas. A Suprema Corte do Povo tem definido, como sendo grande, em geral, o número de dez ou mais pessoas. É de se notar que o dispositivo menciona representantes. A utilização do plural implica, segundo a interpretação oficial, a escolha entre dois e cinco representantes. A decisão proferida produzirá efeitos para todas as pessoas representadas pela parte. Todavia, os atos de disposição e transação deverão ser submetidos à aprovação de todos os litisconsortes³²⁷.

³²⁶ É o que ocorreu, por exemplo, em 1985, quando 1.569 agricultores demandaram para o cumprimento de um contrato relacionado com sementes, conforme *Class action in China*, p. 1523-1524.

³²⁷ “Article 54 A joint lawsuit in which one party consists of numerous persons may be brought by representatives selected by and from the party. The act of litigation of such representatives shall be effective for all members of the party they represent, however, modification to or waiver of claims of action, or confirmation of the claims of the other party, or resorting to compromise by the representatives shall be subject to the approval of the party they represent.”

O artigo 55, primeira parte, dispõe, por sua vez, que a matéria submetida à apreciação judicial seja da mesma categoria (*category*, segundo a tradução inglesa, objeto do presente estudo) e que uma das partes consista de uma quantidade numerosa de pessoas ou de número incerto, no limiar do feito, para que a Corte do Povo³²⁸ possa expedir uma notificação pública, expondo a lide e as pretensões formuladas, bem como informando, aos demais interessados, sobre a possibilidade de demandar perante o tribunal dentro do prazo fixado³²⁹.

Prevê, em seguida, a segunda parte do dispositivo, que os pretendentes que tenham demandado, perante o tribunal, poderão selecionar representantes, entre eles, para funcionar como parte no processo. Entretanto, se os representantes não puderem ser definidos mediante escolha, a indicação da parte representativa caberá à Corte do Povo, ouvindo os demandantes³³⁰.

Os efeitos da coisa julgada atingirão, assim como na categoria prevista no art. 54, todos os que tenham sido admitidos, o que caracteriza como de inclusão (*opt-in*) o modelo adotado. Mas, os atos de disposição ou transação estarão submetidos, igualmente, ao consentimento dos membros do grupo. De qualquer forma, contudo, conforme previsto na parte final do art. 55, o julgamento ou a ordem proferida vinculará os interessados que não tiverem se

³²⁸ É a denominação dada, como tudo na China, desde a revolução maoísta de 1949.

³²⁹ “Article 55 With respect to a case in which the subject matter of action is of the same category and one party consists of numerous persons or of an uncertain number upon initiation of the lawsuit, the people's court may issue a public notice, stating the particulars and claims of the case and informing claimants to file at the people's court within a fixed period of time. (...)”

³³⁰ “Claimants who have filed at the people's court may select representatives from among themselves to engage in litigation; if such representatives cannot be created through selection, they may be decided by the people's court through negotiation with the claimants who have filed at the court.”

manifestado dentro do prazo assinado pela corte, mas que iniciem demandas enquanto não decorrido o prazo prescricional³³¹.

Os casos julgados pelos tribunais são variados, com forte incidência das demandas coletivas propostas por consumidores. Não obstante o diminuto lapso de tempo decorrido desde a entrada em vigor das novas normas, já podem ser relatados processos interessantes e com resultados aparentemente positivos.

Na cidade de Beji, 26 consumidores ajuizaram uma ação em face de seis lojas comerciais. Os autores haviam comprado relógios, com adereços referentes ao centenário do nascimento de Mao Tsé-tung. Os anúncios do relógio divulgavam a manufatura do produto com ouro e diamantes, quando, na verdade, os artigos eram imitação de baixa qualidade. Recebida nos termos do art. 55, do Código de Processo Civil chinês, a corte distrital de Xuanwu mandou publicar um aviso em jornal local, informando que os interessados poderiam participar do litígio, mediante registro no tribunal. Somente nesta primeira etapa, o número de demandantes passou para 300, quantidade esta passível de se tornar ainda superior, com a aplicação da parte final do disposto no art. 55. O pedido formulado pelos autores foi, ao final, julgado procedente na primeira instância, condenando-se os vendedores à restituição do preço pago pelos relógios, bem como ao pagamento de indenizações e reembolso das despesas processuais.

³³¹ “The act of litigation of such representatives shall be effective for the party they represent, however, modification or waiver of claims of action or confirmation of the claims of the other party or resorting to a compromise by the representatives shall be subject to the approval of the party they represent. The judgments or orders rendered by the people's court shall be effective for all the claimants who have filed at the court. The same judgments or orders shall be binding on the claimants who have not filed at the court but initiated legal proceedings during the limitation of action.”

Os agricultores chineses têm instaurado numerosos processos coletivos, pedindo o pagamento de indenizações por danos sofridos em razão da baixa qualidade de sementes e fertilizantes³³². Na cidade de Sichuan, v. g., mais de seis mil agricultores lograram a condenação de quatro litisconsortes, incluindo os vendedores e fabricantes, no valor de um milhão e oitocentos mil *yuan*, além das despesas processuais, pelos danos produzidos sobre a colheita de algodão em razão do uso de fertilizantes fornecidos pela parte passiva.

³³² Chen Gang e Huang Xianan relatam caso em que cerca de 2 mil agricultores foram beneficiados, recebendo mais de dois milhões de *yuan* (moeda chinesa) de vendedores de sementes. Lu Fengshan indica outro caso, no qual 215 colonos receberam 90 mil *yuan* de uma fábrica de fertilizantes. Conforme *Class action in China*, publicado pela *Harvard Law Review*, vol. III 1998, p. 1529, n. 46.

Capítulo 13 – O Código Modelo Ibero-americano e as Diretivas da União Européia

A harmonização das normas jurídicas passa a ocorrer freqüentemente, diante dos caminhos cada vez mais interligados do mundo moderno. Dentro desse contexto, as tendências existentes, inclusive no campo do direito, acabam sendo transpostas para esferas bi ou multinacionais, podendo seguir, até mesmo, em direção à universalização.

A orientação no sentido da introdução das ações coletivas nos ordenamentos nacionais se fez presente, por exemplo, no Código de Processo Civil Modelo para os países ibero-americanos e, dentre outras, na Diretiva n. 98/27, da União Européia, proposições estas que serão vistas a seguir.

13.1. O Código Modelo (ou Tipo) de Processo Civil Ibero-americano

O Instituto Ibero-americano de Direito Processual foi fundado, no ano de 1957, em Montevideu, por ocasião das Primeiras Jornadas Latino-americanas de Direito Processual, nas quais foi rendida homenagem à memória do eminente processualista uruguaio Eduardo Couture. Desde então, o grupo de juristas integrantes do Instituto vem se reunindo, em periódicas jornadas,

trocando informações e debatendo sobre diversos temas científicos dentro do Direito Processual³³³.

Nas Jornadas de 1967, realizadas em Caracas e Valencia, na Venezuela, decidiu-se pela redação das “bases” de um projeto dedicado à orientação para as reformas legislativas processuais que fossem promovidas nos países latino-americanos³³⁴. As bases do projeto foram redigidas pelos professores Adolfo Gelsi Bidart e Enrique Vescovi e, nas Jornadas de 1970, aprovadas com pequenas modificações. Em seguida, com a incorporação do jurista uruguaio Luis Torello ao grupo inicial, iniciou-se a elaboração de um anteprojeto, que foi submetido a discussões nas duas jornadas seguintes. Por fim, o Código Processual Civil Modelo Ibero-americano foi aprovado nas XI Jornadas, realizadas em 1988, no Rio de Janeiro.

Sintonizado com as necessidades e as novas perspectivas do direito processual moderno, o Código Modelo previu, nos artigos 53 e 194, duas normas voltadas para a problemática dos interesses coletivos, em sentido lato. Os dispositivos enfrentaram duas questões centrais para a consecução da tutela metaindividual: a legitimação e os efeitos da coisa julgada.

³³³ Sobre o surgimento e desenvolvimento do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, bem como a formulação do Código Modelo, vide José Carlos Barbosa Moreira, *Le Code-Modèle de procédure Civile pour l'Amérique Latine de l'Institut Ibero-Américain de Droit Processuel*.

³³⁴ Como relata José Carlos Barbosa Moreira, obra citada, p. 192. Vide, também, o texto “*Aplicacion del Código Procesal Civil Modelo en Iberoamerica*”, que antecede a 2ª edição do Código, supervisionada e atualizada por Enrique Vescovi.

No art. 53, seguiu o Código fiel aos ensinamentos de Mauro Cappelletti³³⁵, assumindo uma dimensão pluralista em termos de legitimação extraordinária, para atribuir o direito de ação coletiva, concorrentemente, ao Ministério Público, a qualquer interessado e às instituições ou associações de interesse social, que segundo a lei ou a juízo do tribunal garantam uma adequada defesa do interesse comprometido:

“Art. 53. (Representación en caso de intereses difusos).

En el caso de cuestiones relativas a la defensa del medio ambiente, de valores culturales o históricos y, en general, que pertenezcan a un grupo indeterminado de personas, estarán legitimados indistintamente para promover el proceso pertinente, el Ministerio Público, cualquier interesado y las instituciones o asociaciones de interés social que según la Ley o a juicio del Tribunal garanticen una adecuada defensa del interés comprometido.”

Quanto aos limites da coisa julgada, estabeleceu a eficácia *erga omnes* para a decisão, ressalvando, entretanto, em conformidade com a regra adotada no direito brasileiro, em relação à ação popular³³⁶, a inocorrência da extensão dos efeitos quando o pedido for julgado improcedente por falta de provas:

³³⁵ Vide *infra*, no capítulo 4, sobre o direito italiano.

³³⁶ Vide art.18.

“Art. 194. (Efectos de la cosa juzgada en procesos promovidos en representación de intereses difusos)

La sentencia dictada en procesos promovidos en defensa de intereses difusos (artículo 53) tendrá eficacia “erga omnes” salvo si fuere absolutoria por ausencia de pruebas, en cuyo caso podrá volver a plantearse la cuestión en otro proceso, por otro legitimado.”

O Código Modelo vem exercendo significativa influência sobre o Direito Processual latino americano, como ressalta José Carlos Barbosa Moreira³³⁷. É de se ressaltar que o Uruguai, no mesmo ano de 1988, aprovou o seu Código de Processo Civil, mediante a Lei n. 15.982, de 18 de outubro, seguindo, no geral, basicamente o texto do Código Modelo. Mas, no que diz respeito aos interesses coletivos, o estatuto uruguaio reproduziu, *ipsis litteris*, nos artigos 42 e 220, a redação dos artigos 52 e 194, respectivamente, do Código Modelo.

13.2. As Diretivas da União Européia

O avanço do processo de unificação da Europa, inclusive com a incorporação gradual de novos países, vem colocando na ordem do dia o

³³⁷ *Le Code-Modèle de procédure Civile pour l'Amérique Latine de l'Institut Ibero-Américain de Droit Processuel*, p. 197.

problema da harmonização das normas jurídicas, especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais, à preservação do meio ambiente e aos problemas decorrentes das liberdades ínsitas às novas formações comunitárias³³⁸.

Em termos de proteção judicial de interesses coletivos, a União Européia vem se preocupando, em particular, com a defesa dos consumidores, seja no âmbito nacional seja nas relações comerciais transfronteiriças. Nesse contexto, foram editadas, inicialmente, as Diretivas 84/450/CEE³³⁹, de 10 de setembro de 1984, em matéria de publicidade enganosa; 92/28/CEE³⁴⁰, de 31 de março de 1992, relativa à publicidade dos medicamentos para uso humano; 93/13/CEE³⁴¹, de 5 de abril de 1993, referente às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores; e 97/7/CE³⁴², de 20 de maio de 1997, para a proteção dos consumidores em matéria de contratos a distância, todas com determinações específicas em termos de direito material e prevendo, na esfera processual, disposições voltadas para a tutela preventiva.

Em 19 de maio de 1998, foi editada, conjuntamente, pelo Parlamento e Conselho da Comunidade Européia, a Diretiva 98/27/CE³⁴³, relativa às ações inibitórias em matéria de proteção dos interesses dos consumidores.

³³⁸ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, *Mercosul*.

³³⁹ JO L 250, de 19.9.1984, p. 17.

³⁴⁰ JO L 113, de 30.4.1992, p. 13.

³⁴¹ JO L 95, de 21.4.1993, p. 29.

³⁴² JO L 144, de 4.6.1997, p. 19.

³⁴³ JO L 166, de 11.6.1998, p. 51.

A diretiva comunitária, todavia, conforme consta expressamente no art. 7º, não prejudica a adoção ou manutenção, pelos Estados-membros da União Européia, de disposições que garantam possibilidades mais amplas, em termos de acesso à justiça, no plano nacional.

Procurou, assim, garantir, com fulcro no art. 1º, nos países da Comunidade Européia, o mínimo indispensável, ou seja, uma tutela preventiva com o escopo de garantir os direitos dos consumidores, dentro daquelas matérias que já haviam sido objeto de diretrizes anteriores. O art. 1º, para tanto, fez referência expressa aos interesses coletivos incluídos nas diretivas enumeradas no anexo, sendo, assim, aplicável ao seguinte: publicidade enganosa, contratos negociados fora dos estabelecimentos comerciais, crédito ao consumo, exercício de atividades de radiodifusão televisiva, viagens organizadas, férias e circuitos organizados, publicidade dos medicamentos para uso humano, cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, contratos de aquisição de um direito de utilização a tempo parcial de bens imóveis (*timesharing*), contratos a distância, certos aspectos da venda de bens de consumo e das garantias a elas relativas e comércio eletrônico.

Os contornos da tutela inibitória pretendida foram estabelecidos no art. 3º, da Diretiva 98/27, no sentido de que: a) sejam proferidas decisões, com a devida brevidade e mediante um processo expedito, com vistas à cessação ou proibição de qualquer infração; b) sempre que tal se justifique, sejam determinadas medidas como, por exemplo, a publicação integral ou parcial da decisão, na forma considerada adequada, e/ou a publicação de uma declaração de retificação, tendo em vista eliminar os efeitos persistentes da infração; c) na medida em que o sistema jurídico do Estado-membro em causa o permita, e em caso de não cumprimento da decisão no prazo fixado pelos tribunais ou pelas

autoridades administrativas, a parte vencida seja condenada no pagamento ao erário público, ou a qualquer beneficiário designado ou previsto na legislação nacional, de um montante fixo por cada dia de atraso ou de qualquer outro montante previsto na legislação nacional para garantir a execução das decisões.

Com fulcro no art. 3º da Diretiva, foi considerado legitimado qualquer organismo ou organização que, devidamente constituído segundo a legislação nacional, tenha como escopo a proteção dos interesses coletivos dos consumidores, designadamente os organismos públicos independentes, se existentes, responsáveis pela defesa dos consumidores, e as organizações não governamentais munidas do mesmo objetivo. Preocuparam-se, também, os elaboradores da Diretiva em assegurar a legitimidade das entidades nacionais no âmbito comunitário, quando houvesse infrações denominadas de “intracomunitárias”, ou seja, que tivessem origem em Estado-membro, mas com repercussão em outro. Por conseguinte, elaborou-se um sistema calcado na elaboração, pela Comissão Europeia, de uma lista comum de entidades, atualizada semestralmente. Para tanto, os Estados-membros, a pedido das organizações nacionais, comunicarão à Comissão o rol dos entes que deverão compor o quadro comunitário³⁴⁴.

Com o intuito de estimular e fortalecer as soluções extrajudiciais, facultou a União Europeia que os Estados-membros pudessem prever ou manter em vigor disposições que condicionassem o exercício do direito de ação à realização de consulta prévia, fazendo com que a parte que tencionasse intentar a ação inibitória só o pudesse fazer depois de ter tentado pôr termo à infração,

³⁴⁴ Art. 4º da Diretiva 98/27.

mediante consulta com o requerido ou com este e um organismo público independente. Prevista a consulta prévia, a ação inibitória, nos termos do art. 5º, da Diretiva 98/27, poderia ser proposta se a cessação da infração não se concretizasse no prazo de duas semanas, a contar da recepção do pedido de consulta.

Foi estabelecido, afinal, no art. 8º, o prazo de 30 meses, após a entrada em vigor, para que os Estados-membros incorporassem nos seus ordenamentos jurídicos nacionais as disposições contidas na Diretiva 98/27.³⁴⁵

Em termos de direitos difusos, os organismos da União Européia vêm procurando melhorar, em especial, o acesso à justiça para a proteção do meio ambiente. Em comunicação datada de 9 de fevereiro de 2000, apresentou a Comissão das Comunidades Européias o denominado livro branco sobre responsabilidade ambiental, visando “melhorar a aplicação dos princípios ambientais consagrados no Tratado CE e a implementação do direito ambiental comunitário, bem como assegurar uma restauração adequada do ambiente”³⁴⁶. No documento, consta expressamente, na seção intitulada “Acesso à justiça”, que³⁴⁷:

“O processo de danos causados ao ambiente é diferente do processo de danos tradicionais, em que as vítimas têm o direito

³⁴⁵ A diretiva entrou em vigor, com fulcro no art. 9º, no vigésimo dia seguinte ao da sua publicação, ocorrida no dia 11.6.1998 (JO L 166, p. 51), findando-se o prazo, portanto, no dia 1º de janeiro de 2001.

³⁴⁶ Comissão das Comunidades Européias, *Livro branco sobre responsabilidade ambiental*, p. 3.

³⁴⁷ P. 23.

de apresentar queixa junto dos órgãos administrativos ou judiciais competentes com vista a salvaguardar os seus interesses privados. Dado que a protecção do ambiente é um interesse público, o Estado (incluindo outros sectores da governação) tem a primeira responsabilidade de agir se o ambiente sofrer danos, ou estiver ameaçado de os sofrer. Contudo, há limites para a disponibilidade dos recursos públicos para este efeito e é cada vez mais reconhecido que o público em geral se deveria sentir responsável pelo ambiente e ser capaz, em determinadas circunstâncias, de agir em sua defesa. A Comissão referiu-se à necessidade desse melhor acesso à justiça na sua Comunicação ao Conselho e ao Parlamento sobre a ‘Implementação da legislação comunitária em matéria de ambiente’¹⁸.

¹⁸ COM (96) 500 final. ‘O melhor acesso aos tribunais por parte das organizações não governamentais e dos indivíduos teria numerosos efeitos positivos no que diz respeito à implementação da legislação ambiental comunitária. Em primeiro lugar, tornará mais provável que, quando necessário, os processos individuais relativos a problemas de aplicação da legislação comunitária sejam resolvidos de acordo com os requisitos do direito comunitário. Em segundo lugar, e provavelmente com mais importância, terá um efeito geral de melhorar a aplicação prática e a execução do direito ambiental da Comunidade, em geral, uma vez que os agentes potencialmente responsáveis tenderão a cumprir os seus requisitos a fim de evitar a maior probabilidade de litigação’ (p. 12)”.

A materialização da proteção ambiental encontra importante suporte jurídico na Convenção de Århus³⁴⁸. Nela se incluem disposições específicas sobre o acesso à justiça, como a possibilidade de impugnação de uma decisão de autoridade pública em tribunal independente e imparcial criado por lei (o direito de controle judicial); solicitar medidas corretivas adequadas e eficazes, incluindo ações inibitórias, além de mecanismos de cunho administrativo.

Por fim, a Comissão Europeia manifestou a importância do pronunciamento judicial preventivo, pugnando pela tutela inibitória ambiental³⁴⁹.

³⁴⁸ Convenção das Nações Unidas/Comissão Econômica para a Europa sobre o acesso à informação, a participação pública na tomada de decisões e o acesso à justiça em questões ambientais, que foi adotada e assinada, também pela Comunidade, na Quarta Conferência Ministerial realizada em Århus (Dinamarca), em 23-25 de Junho de 1998.

³⁴⁹ “Nos casos urgentes, os grupos de interesse devem ter o direito de solicitar directamente ao tribunal uma acção inibitória, a fim de obrigar o poluidor (potencial) a agir ou abster-se de agir, prevenir danos significativos ou evitar que sejam causados danos futuros no ambiente. Para este fim, devem ser autorizados a proceder judicialmente contra o alegado poluidor, sem terem de se dirigir primeiramente ao Estado. O direito de interpor uma acção para obtenção de medidas preventivas ou reparadoras pode visar a proibição de uma actividade prejudicial ou uma ordem contra o operador para que este previna os danos, antes ou depois de um incidente, ou para que desenvolva medidas de recuperação”, *op. cit.*, p. 24.

Capítulo 14 – Síntese e conclusões do direito comparado

O estudo empreendido nos capítulos anteriores indica, claramente, que a proteção aos interesses coletivos vem se difundindo no Direito Processual do mundo inteiro. O quadro típico de duas ou três décadas atrás, no qual a maioria dos países não conhecia ou, então, dispunha de situações incipientes, em termos de tutela judicial efetiva no âmbito pluriindividual, tem passado por grandes transformações.

As relações e conflitos interindividuais continuam a fazer jus, naturalmente, à proteção judicial, razão pela qual não se trata de substituir um modelo voltado para a resolução destes conflitos por outro concentrado tão-somente nas questões de massa³⁵⁰.

Vários países introduziram, nos últimos anos, mecanismos judiciais voltados para a defesa coletiva em geral, ou especificamente em relação aos consumidores, ao meio ambiente, aos investidores, bens históricos e culturais etc, como ocorreu, dentre outros, na Austrália, na Argentina, em Portugal, no Canadá e na China.

³⁵⁰ Como leciona José Carlos Barbosa Moreira, *A ação popular do direito brasileiro como instrumento da tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”*, p. 110.

Outros Estados procuraram aperfeiçoar o sistema de proteção existente, como aconteceu, v. g., nos Estados Unidos, na Inglaterra e na Alemanha, tornando-o, de maneira geral, menos restritivo.

Por fim, existem nações com realidades tão díspares, como a África do Sul e a Suécia, que se encontram debatendo projetos e preparando os seus respectivos ordenamentos para os novos tempos, de uma jurisdição prestada social e coletivamente.

Diante da evolução da defesa dos interesses coletivos, até mesmo outros relatos poderiam ter sido objeto do estudo comparado, como, *exempli gratia*, a Nova Zelândia, o Uruguai, a Áustria ou a Suíça.

Dentro da pesquisa empreendida, pode-se constatar a pluralidade de soluções encontradas, que, sequer, merecem ser agrupadas, de modo estanque, apenas como modelos de *common* ou *civil law*. É claro que as influências e tradições foram significativas, mas, em vários casos, como na província canadense de Quebec, em Portugal e mesmo nos Estados Unidos, a simbiose revela-se por vezes presente.

As experiências relatadas permitem, contudo, a reunião dos países, segundo certas características, seja quanto à forma legal encontrada para a proteção dos interesses coletivos, seja no que diz respeito à legitimação para o exercício do respectivo direito de ação, bem como à espécie de tutela pluriindividual cabível, ou, ainda, aos sistemas de vinculação à coisa julgada. Esses elementos, ou seja, a fonte normativa, a *legitimatio ad causam*, a tutela cabível e o sistema de vinculação, são as questões fundamentais na estruturação dos modelos adotados, mas não se encontram igualmente dispostos, continuando,

assim, a desafiar o engenho e a criatividade dos processualistas e estudiosos do direito em geral.

14.1. A espécie de previsão e o âmbito de eficácia dentro do ordenamento jurídico

O primeiro aspecto levantado é a fonte ou o modo de expressão do direito pelo qual a tutela coletiva vem sendo assumida nos ordenamentos nacionais. É de se constatar, inicialmente, que mesmo os países de *common law* vêm regulando a proteção judicial coletiva mediante o processo legislativo, como ocorreu nos Estados Unidos da América, no Canadá, na Austrália e, recentemente, na Inglaterra.

No entanto, a espécie normativa escolhida e o modo de disposição, em relação às demais normas processuais, têm variado. Há países que chegaram a inserir a previsão voltada para a prestação jurisdicional coletiva na própria Constituição, como Portugal e Argentina, inspirados, eventualmente, no tratamento dado pelo Brasil, a partir de 1988. A intenção foi, nos três países, de assegurar e fortalecer a tutela coletiva. A maioria, contudo, tem regulado a defesa judicial dos interesses coletivos mediante leis infraconstitucionais.

Mas, ainda que prevista legalmente, a tutela coletiva pode estar ou não limitada e vinculada a certas matérias ou sujeitos, como o meio ambiente, a

concorrência desleal, os consumidores etc. A restrição figura, por exemplo, nas Diretivas da União Européia³⁵¹, na Alemanha, na França, na Itália e na Espanha. É ampla, contudo, *verbi gratia*, em Portugal³⁵², nos Estados Unidos, na Inglaterra, na Austrália, no Canadá, na China e em Israel.

A contenção do processo civil coletivo dentro de fronteiras temáticas ou subjetivas não encontra sentido e deve ser vista, quando prevista, como meramente exemplificativa ou enunciativa, na medida em que as relações e os problemas de massa estão presentes nos mais variados assuntos e ramos do direito. Embora sejam constantes, *e. g.*, em situações de consumo ou em relação aos problemas do meio ambiente, os interesses coletivos podem se fazer presentes e necessitar de proteção, também, em outras situações, como: reajuste de funcionários públicos ou aposentados, aumento salarial de trabalhadores, acidente com número elevado de vítimas, conflito sobre a constitucionalidade ou exigibilidade de tributo ou respectiva alteração etc.

A proteção pode vir, ainda, tal como ocorre na Alemanha, inserida em lei que disponha sobre vários aspectos específicos da matéria, ao lado, portanto, das regras de direito material. Raramente, encontra-se prevista em lei específica e de natureza principalmente processual, mas é o que sucede, em Portugal, quanto à ação popular. Em boa parte dos países, situa-se no corpo do próprio Código de Processo Civil ou estatuto equivalente, no âmbito federal ou

³⁵¹ Ressalte-se, no entanto, que as diretivas são expressas no sentido de não prejudicar a existência de normas mais amplas em vigor ou que venham a vigorar nos ordenamentos nacionais, figurando, portanto, como proteção mínima e não máxima.

³⁵² A relação contida na Constituição e na lei regulamentadora é meramente enunciativa, conforme mencionado no capítulo sobre Portugal.

estadual, como nos Estados Unidos, na Inglaterra, no Canadá, na Austrália, em Israel, na China, na Espanha e em Portugal³⁵³.

A preocupação com a forma de disposição não significa questão de somenos importância. O Direito Processual deve oferecer os instrumentos para a defesa individual e coletiva dos direitos. As normas voltadas para a tutela coletiva não devem ser vistas como algo extravagante e secundário, mas, sim, como parte do sistema. A tendência, portanto, é que as regras pertinentes à defesa pluriindividual passem a figurar no lugar apropriado para as normas processuais fundamentais, ou seja, nos respectivos Códigos de Processo.

14.2. *Legitimatío ad causam*

No âmbito da legitimação para as ações coletivas, apresentavam Mauro Cappelletti e Bryant Garth³⁵⁴, no relatório-geral oferecido por ocasião do VII Congresso de Direito Processual, em Würzburg, na Alemanha, em 1983, basicamente quatro modelos em termos de persecução de interesses “difusos, fragmentados e coletivos”. A promoção judicial dos interesses coletivos estaria sob a incumbência de órgãos governamentais (como o Ministério Público e as

³⁵³ Nos dois últimos – Portugal e Espanha – a previsão no Código de Processo Civil se faz acompanhar, também, de tratamento específico em leis extravagantes.

³⁵⁴ *The protection of diffuse, fragmented and collective interests in civil litigation: Finding an appropriate compromise. A comparative study of individualistic models and group rights in civil procedure*, p. 129-151.

agências governamentais); de particulares indicados pelo poder público (*Relator Action* ou *parentes patriae*); de organizações e associações não governamentais (como as entidades de defesa do meio ambiente ou dos direitos dos consumidores); e de indivíduos, como partes representativas (tal qual o modelo clássico das *class actions* norte-americanas).

A divisão estabelecida por Cappelletti e Garth, como observado no presente trabalho, continua atual, embora possa se notar, e com isso acrescentar uma quinta espécie, que seria a combinação ou composição de diversos modelos, adotando-se, assim, legitimação concorrente, ampla e pluralista, no sentido de implementar o acesso à justiça.

A utilização exclusiva de um dos dois primeiros modelos, ou seja, em que a legitimação está adstrita ao Ministério Público ou a outros órgãos do Estado e ao particular por designação do Procurador-Geral (este último típico dos países de *common law*), está claramente fora de moda. Isto porque o modelo governamental puro, via Ministério Público, nos países de *civil law*, e através das agências, nos de *common law*, vem sendo utilizado, normalmente, em concorrência, respectivamente, com as associações ou indivíduos.

O presente estudo aponta, vivamente, para o incremento de dois modelos, em termos de legitimação: o das associações e o dos indivíduos. O padrão associativo, por vezes, é exclusivo e excludente, como ocorre na Alemanha, mediante as *Verbandsklagen*. Nos países de *common law*, como se disse, ao lado das *class* ou *representative actions* figura, principalmente para a defesa de interesses difusos, a *relactor action*. Junte-se, ainda, em países como os Estados Unidos, a atuação das agências. De qualquer forma, a legitimação dos indivíduos, embora predominante, não é, em tese, exclusiva, tal qual relatado

no presente trabalho³⁵⁵. O notório incremento das chamadas “organizações não governamentais”, em todo o mundo, poderá ampliar ou, quando muito, testar a abertura dos países de direito costumeiro para a atuação das associações. As barreiras existentes, em relação às entidades, como órgãos intermediários, são sobretudo históricas e culturais, não havendo, *a priori*, restrições processuais. Nos países de *civil law*, por outro lado, a legitimação dos indivíduos, para as ações coletivas, ainda não é, em geral, adotada. Há, entretanto, exceções recentes, por exemplo, em modelos pluralistas, como o adotado em Portugal, caminho este que também aponta no sentido da ampliação do acesso à prestação jurisdicional.

14.3. Os interesses coletivos e as espécies cabíveis de prestação jurisdicional

O processo civil é tradicionalmente classificado pela doutrina em conformidade com a espécie de providência pretendida: conhecimento, execução e cautelar. A primeira categoria subdivide-se em meramente declaratória, condenatória e constitutiva. O objeto da condenação, por sua vez, pode ser o pagamento de determinada quantia, o fazer ou o não fazer³⁵⁶. A exigibilidade do cumprimento de uma obrigação prevista em sentença condenatória diante da

³⁵⁵ Vide o capítulo sobre os Estados Unidos.

³⁵⁶ A classificação tradicional encontra críticas, como a formulada por Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória*.

inércia ou resistência do devedor, ainda segundo a escola clássica, deve ser feita mediante a instauração do processo de execução.

Dentro desse contexto, surgem as duas maiores objeções às qualificações formuladas. Há processos que encerram uma determinação, sem, contudo, necessitar de uma execução propriamente dita. O descumprimento da ordem pode ensejar, sim, medidas de natureza coercitiva, como as multas, ou sanções administrativas ou penais para o infrator.

Sob outro aspecto, questiona-se a inexistência, dentro do referido quadro classificatório, das providências de natureza preventiva de cunho definitivo, na medida em que, nos processos cautelares, a proteção meramente instrumental em relação ao feito principal e a provisoriedade são características essenciais. Haveria, no entanto, como leciona Luiz Guilherme Marinoni, bens da vida, como os direitos da personalidade, que reclamam acima de tudo uma prestação jurisdicional preventiva e específica. Para tanto, seria insuficiente a tutela repressiva e, por outro lado, demandaria providências definitivas. Careceriam, portanto, da denominada tutela inibitória.

Em termos de defesa coletiva dos interesses, a proteção ao meio ambiente, à vida e à saúde dos consumidores, por exemplo, exigiria medidas preventivas, muitas vezes irreversíveis ou de difícil reparação, tornando, assim, a tutela inibitória indispensável. Nesse sentido, ensina José Carlos Barbosa Moreira³⁵⁷ que “os denominados ‘interesses difusos’ não raro se mostram

³⁵⁷ *A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”, p. 115.*

insuscetíveis de redução a valores monetariamente expressos – característica com a qual se relaciona de maneira direta a insuficiência, a seu respeito, da ‘tutela ressarcitória’: é inconcebível que se compense mediante simples prestação em dinheiro o prejuízo consistente, v. g., na destruição da paisagem, na mutilação de monumentos históricos, na poluição do ambiente etc”. Em outra obra³⁵⁸, o professor Barbosa Moreira voltou a enumerar argumentos e exemplos: “Considere-se por um instante o caso do interesse na sanidade do ambiente, ou na preservação das belezas naturais e do equilíbrio ecológico, ou na honestidade das mensagens de propaganda; o do interesse em que não se ponham à venda produtos alimentícios ou farmacêuticos nocivos à saúde, em que funcionem com regularidade e eficiência os serviços de utilidade pública, prestados pela Administração ou por particulares, e assim por diante. Se a Justiça civil tem aí um papel a desempenhar, ele será necessariamente o de prover no sentido de prevenir ofensas a tais interesses, ou pelo menos de fazê-las cessar o mais depressa possível e evitar-lhes a repetição; nunca o de simplesmente oferecer aos interessados o pífio consolo de uma indenização que de modo nenhum os compensaria adequadamente do prejuízo acaso sofrido, insuscetível de medir-se com o metro da pecúnia”.

Refletindo essa preocupação, Alemanha, Itália, Portugal e Argentina, dentre outros, além da própria União Européia, editaram normas expressas, prevendo o manejo das ações inibitórias em sede de interesses coletivos.

³⁵⁸ José Carlos Barbosa Moreira, *Tutela sancionatória e tutela preventiva*, p. 24. Como observa Luiz Guilherme Marinoni, *Tutela inibitória (individual e coletiva)*, p. 76, a afirmação do professor Barbosa Moreira foi feita antes mesmo do advento da Lei da Ação Civil Pública. Diga-se o mesmo, com maior razão ainda, porque mais antigo, em relação ao texto citado na nota anterior.

Por outro lado, ainda se manifesta presente, no contexto mundial, embora em proporções cada vez mais reduzidas, a resistência às providências repressivas, especialmente quanto às condenações por quantia certa, em processos coletivos. A restrição, que deixou de existir na Inglaterra, ainda persiste, por exemplo, de forma mais contundente, na Alemanha, não obstante o crescimento das vozes doutrinárias contrárias à limitação.

14.4. Os sistemas de vinculação (*opt-in*, *opt-out* e eficácia *secundum eventum litis*)

Por fim, a proteção judicial dos interesses pluriindividuais encontra-se dividida em dois sistemas de vinculação. O de inclusão, no qual a pessoa interessada precisa manifestar expressamente a sua vontade de ser atingida pelos efeitos do pronunciamento judicial coletivo, é também conhecido pela expressão inglesa *opt-in*, diante da necessidade de opção pelo ingresso no grupo atrelado à decisão. É o que se passa, por exemplo, na Inglaterra e na China.

O sistema de exclusão, por sua vez, está baseado na exigência da representação adequada e na comunicação prévia aos interessados que, em geral, dentro de prazo fixado pelo órgão judicial, deverão requerer a sua exclusão (*opt-out*) em relação à eficácia dos provimentos proferidos no processo metaindividual. Do contrário, estará, *a priori*, vinculado ao pronunciamento. É

o modelo adotado, atualmente, *verbi gratia*, nos Estados Unidos, no Canadá e na Austrália.

A vinculação aos efeitos da coisa julgada pode estar, também, condicionada ao resultado desta ser ou não favorável (*secundum eventum litis*) aos interesses coletivos³⁵⁹. Em alguns casos, a dependência da eficácia em relação ao teor do julgamento é absoluta, ou seja, sempre que for contrária à parte coletiva, os integrantes do grupo não serão afetados.

Mas, há, também, a possibilidade de se estabelecer um sistema menos draconiano para a parte contrária aos interesses metaindividuais, normalmente situada no pólo passivo. É o que ocorre quando a ineficácia está condicionada apenas à improcedência do pedido em decorrência da falta de provas, tal qual previsto em Portugal, a exemplo da ação popular brasileira.

A maioria esmagadora dos países adota, entretanto, o sistema da vinculação, sendo facultada a exclusão mediante requerimento (*opt-out*), independentemente de o resultado ser ou não favorável à parte coletiva.

³⁵⁹ Vide, em especial, a crítica de Mauro Cappelletti contra a coisa julgada *secundum eventum litis*, no capítulo sobre a Itália.

PARTE III – AÇÕES COLETIVAS NO BRASIL

Capítulo 15 – Evolução histórica

O desenvolvimento da defesa judicial dos interesses coletivos, no Brasil³⁶⁰, passa, numa primeira etapa, pelo surgimento de leis extravagantes e dispersas, que previam a possibilidade de certas entidades e organizações ajuizarem, em nome próprio, ações para a defesa de direitos coletivos ou individuais alheios. Nesse sentido, como lembra Pedro da Silva Dinamarco³⁶¹, foi editada, em 1950, a Lei n. 1.134, estatuinto que “as associações de classe existentes na data da publicação desta lei, sem nenhum caráter político, fundada nos termos do Código Civil e enquadradas nos dispositivos constitucionais, que congreguem funcionários ou empregados de empresas industriais da União, administradas ou não por elas, dos Estados, dos Municípios e das entidades autárquicas, de modo geral, é facultada a representação coletiva ou individual de seus associados, perante as autoridades administrativas e a justiça ordinária”. Da mesma forma, o antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei n. 4.215, de 1963, estabelecia, no art. 1º, parágrafo único, que “cabe à Ordem representar, em juízo e fora dele, os interesses gerais da classe dos advogados e os individuais, relacionados com o exercício da profissão”.

Por outro lado, a Constituição da República de 1934 dispôs, no art. 113, que “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados e dos

³⁶⁰ Vide Alcides A. Munhoz da Cunha, *Evolução das ações coletivas no Brasil*.

³⁶¹ *Ação civil pública*, p. 36.

Municípios”. Era a chamada “ação popular”, que, em seguida, seria suprimida pela Carta de 1937, mas reintroduzida em 1946, para se manter, a partir de então, em todas as Constituições, até os dias de hoje³⁶². Todavia, a ação popular ganhou amplitude significativamente maior apenas com a sua regulamentação, que veio a ocorrer em 1965, com a edição da Lei n. 4.717, de 29 de junho³⁶³. A dilatação da abrangência, embora tenha se manifestado também em relação à esfera das pessoas protegidas, atingiu, principalmente, o conceito de patrimônio que, nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei da Ação Popular, passou a compreender “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético ou histórico”.

Ao tempo da inovação promovida pela ação popular, em 1965, não havia a doutrina, entretanto, voltado categoricamente, até aquele momento, as suas atenções para o estudo dos interesses coletivos e da sua proteção judicial³⁶⁴. Como lembra Ada Pellegrini Grinover³⁶⁵, foi “BARBOSA MOREIRA o primeiro a dar à ação popular constitucional esse enfoque”.

A verve do legendário Mestre, José Carlos Barbosa Moreira, foi marcante para o desenvolvimento da consciência e da problemática relacionada com a questão dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos. Em trabalho memorável, publicado inicialmente nos *Studi in onore di Enrico Tullio*

³⁶² Vide José da Silva Pacheco, *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas: mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, “habeas data”, mandado de injunção, ação de inconstitucionalidade, ações constitucionais de responsabilidade civil, ações de desapropriação, ação popular*, p. 388.

³⁶³ É o que leciona José Carlos Barbosa Moreira, *A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”*, especialmente p. 114-115.

³⁶⁴ O desenvolvimento e a conceituação dos interesses coletivos serão abordados no capítulo seguinte.

³⁶⁵ *A tutela jurisdicional dos interesses difusos*, p. 26.

Liebman³⁶⁶, “o maior processualista do Brasil e um dos primeiros do mundo”³⁶⁷ logrou estabelecer tipologia dos interesses supraindividuais, que, a partir de então, vem fazendo escola junto à doutrina do país e do mundo, tendo refletido, diretamente, até mesmo nas classificações legalmente assentadas³⁶⁸.

Do mesmo modo, os não menos eminentes processualistas Ada Pellegrini Grinover e Waldemar Mariz de Oliveira, dentre outros, destacaram-se no empreendimento de desbravar os novos conceitos e pavimentar os caminhos florescentes e espinhosos da tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos. Vale a pena destacar a tese, apresentada pela eminente professora e Pró-Reitora de São Paulo, aprovada na VII Conferência da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), no ano de 1978, em Curitiba, publicada em seguida e intitulada *A tutela jurisdicional dos interesses difusos*, bem como o artigo *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos*, publicado também no ano de 1978, “a partir das palestras e conferências realizadas em 1976”.³⁶⁹

Ressalte-se, ainda, que os professores José Carlos Barbosa Moreira, Ada Pellegrini Grinover e Waldemar Mariz de Oliveira vinham mantendo

³⁶⁶ Vol. IV, em 1979. O artigo encontra-se igualmente publicado no livro *Temas de Direito Processual*, primeira série.

³⁶⁷ Nesse sentido, Sergio Bermudes, *Introdução ao Processo Civil*, p. 42. O autor concorda integralmente. José Carlos Barbosa Moreira é o maior processualista do Brasil, quiçá do mundo.

³⁶⁸ Trata-se da famosa distinção entre interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, reconhecida no art. 81, do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90). A elucidação da teoria será exposta, como já dito, no próximo capítulo.

³⁶⁹ Waldemar Mariz de Oliveira, *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos*, p. 1.

contato e interagindo com as idéias lançadas nos congressos e conclaves internacionais, sobretudo os ocorridos na Itália³⁷⁰.

Os novos tempos de redemocratização no Brasil animavam as propostas de participação popular, de preocupação com o meio ambiente e de fortalecimento e surgimento de novos direitos. O Ministério Público, capitaneado especialmente pelo grupo paulista, começa a assumir nova postura diante da sociedade, chamando para si outras responsabilidades, para além da tradicional persecução penal e proteção dos incapazes. São aprovadas, em 1981, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente³⁷¹ e a Lei Orgânica do Ministério Público³⁷², prevendo a legitimidade do *Parquet*, respectivamente, para a propositura de ação de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente e para promover a ação civil pública, nos termos da lei³⁷³.

A aprovação das leis acima mencionadas, nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, “foi como que a deixa para que diversas pessoas, que estavam preocupadas com o assunto, se pusessem em campo e surgiu, então, um anteprojeto de lei – elaborado por um grupo de professores de São Paulo, sob a liderança deste verdadeiro motor, o dínamo em forma de mulher, que é a nossa querida colega Ada Pellegrini Grinover”.³⁷⁴ Integravam, também, a comissão os

³⁷⁰ Vide o respectivo capítulo.

³⁷¹ Lei n. 6.938, de 31.8.1981.

³⁷² Lei Complementar n. 40, de 13.12.1981.

³⁷³ O termo era pela primeira vez utilizado, no art. 3º, inciso III, da Lei Complementar n. 40/81, mas somente depois viria a ter os seus contornos realmente definidos.

³⁷⁴ *Ação civil pública*, p. 190. O elogio feito a essa notável processualista, cujo saber jurídico e dinamismo encanta a todos, é mais do que merecido.

eminentes juristas Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Jr., “que redigiram o anteprojeto a convite do Des. José Alberto Weiss de Andrade, formulado após o encerramento de um seminário sobre o tema, ocorrido em fins de 1982. O anteprojeto foi aprovado pela Associação Paulista de Magistrados já no primeiro semestre de 1983 e apresentado ao público pela primeira vez em julho daquele ano, durante o I Congresso Nacional de Direito Processual, ocasião em que JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA apresentou as primeiras sugestões de aprimoramento. Até então não havia sido utilizado o ‘nome’ *ação civil pública*”.³⁷⁵ Oferecido ao Deputado Flávio Bierrembach, em novembro de 1983, foi encampado e apresentado à Câmara dos Deputados, no ano de 1984, como o projeto de lei n. 3.034³⁷⁶.

Em dezembro de 1983, realizava-se, no entanto, em São Lourenço, Minas Gerais, o XI Seminário Jurídico dos Grupos de Estudo do Ministério Público de São Paulo, ocasião em que foi debatido o anteprojeto da comissão coordenada pela professora Ada Pellegrini Grinover, bem como sustentado e aprovado, como alternativa, o trabalho denominado “Ação Civil Pública”, de autoria dos então promotores de Justiça Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Junior, contendo anteprojeto para a regulamentação do art. 3º, inciso III, da Lei Complementar n. 40/81. Assumida pelo Ministério Público de São Paulo e pela Confederação Nacional do

³⁷⁵ Pedro da Silva Dinamarco, *Ação civil pública*, p. 37-38.

³⁷⁶ Vide Hugo Nigro Mazzilli, *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*, p. 65 e ss., Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, p. 52-57, Márcio Flávio Mafra Leal, *Ações coletivas: história, teoria e prática*, p. 183 e ss..

Ministério Público, a proposta foi encaminhada ao Ministro da Justiça Ibrahim Abi-Ackel e, depois, apresentada ao Congresso Nacional, pelo Presidente da República João Figueiredo, como projeto de lei que recebeu, na Câmara dos Deputados, o n. 4.984/85 e, no Senado, o n. 20/85, sendo aprovado e transformado, com alguns vetos, na Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985, sancionada pelo Presidente José Sarney.

A nova lei disciplinava, assim, a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Vale a pena notar que foram vetadas, na ementa e nos artigos 1º, inciso IV, 4º e 5º, inciso II, as referências feitas “a qualquer outro interesse difuso”, com a intenção, portanto, de restringir o cabimento da nova ação aos interesses expressamente enunciados³⁷⁷. A limitação, diga-se logo, durou pouco tempo, na medida em que o art. 1º da Lei n. 7.347 reincorporou, em 1990, com a edição da Lei n. 8.078, novo inciso IV, ampliando, dessa forma, o uso da ação civil pública diante de danos causados “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”. Com fulcro no art. 5º, a ação civil pública principal ou cautelar poderia ser proposta pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios, bem como pela empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação constituída há pelo menos um ano e que incluísse, entre as suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor e ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico ou paisagístico. Exigiu-se a atuação do

³⁷⁷ Alegou-se, para tanto, razões de interesse público, “que dizem respeito precipuamente à insegurança jurídica, em detrimento do bem comum, que decorre da amplíssima e imprecisa abrangência da expressão ‘qualquer outro interesse público’”, conforme mensagem n. 359, *apud* Édis Milaré, *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*, p. 498.

Ministério Público, quando este não fosse o próprio autor, na condição de fiscal da lei, bem como assunção da titularidade, quando houvesse desistência ou abandono da causa³⁷⁸.

Três anos depois, ocorre o coroamento da redemocratização no Brasil, com a promulgação da Constituição da República, em 1988. A nova Carta Magna, traduzindo os valores sociais, ínsitos no documento, dedicou nítida relevância para a proteção jurisdicional dos interesses coletivos, manifesta em diversos dispositivos normativos³⁷⁹.

A nova Constituição trouxe, basicamente, dois dispositivos prevendo em geral a tutela coletiva, independentemente, portanto, da espécie de ação. No art. 5º, inciso XXI, a legitimação é conferida às entidades associativas, quando expressamente autorizadas, para representar seus filiados, judicial ou extrajudicialmente. O art. 8º, por sua vez, dentro de arcabouço semelhante, estatui que cabe ao sindicato a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.

De modo mais específico, foram mantidas, elevadas ou criadas, respectivamente, em patamar constitucional, as ações populares, nos termos do art. 5º, inciso LXXIII, as ações civis públicas, conforme art. 129, III, e as ações de mandado de segurança coletivo, objeto do art. 5º, LXIX. Em relação à ação popular, a ampliação do objeto, já consagrada na legislação ordinária, foi incorporada no texto constitucional, ao ser reconhecido o direito de qualquer

³⁷⁸ As disposições previstas na Lei n. 7.347/85 serão estudadas, em conjunto com os demais estatutos legais, nos capítulos seguintes.

cidadão para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus de sucumbência.

Por fim, determinou o art. 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que o Congresso Nacional, no prazo de cento e vinte dias, contados da promulgação da Constituição, elaborasse código de defesa do consumidor. Prazo esse que não foi cumprido.

A preocupação com o fortalecimento dos órgãos, entidades e projetos voltados para a proteção do meio ambiente manifesta-se, posteriormente, com a edição da Lei n. 7.797, de 10.7.89, criando o Fundo Nacional de Meio Ambiente.

Pouco tempo depois, em 24.10.89, era promulgada a Lei n. 7.853, dispondo sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, inclusive no âmbito da tutela jurisdicional dos respectivos interesses coletivos e difusos. No art. 3º, atribui-se ao Ministério Público, à União, aos Estados, Municípios e Distrito Federal, bem como às associações constituídas há mais de um ano, às autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista, que incluam, entre as suas finalidades institucionais, a proteção das pessoas portadoras de deficiência, a legitimação para a propositura de ações civis públicas destinadas à proteção de interesses coletivos ou difusos das pessoas deficientes.

³⁷⁹ Vide José Carlos Barbosa Moreira, *Ações coletivas na Constituição Federal de 1988*.

Em seguida, é editada a Lei n. 7.913, de 7.12.89, reconhecendo ao Ministério Público a possibilidade de ajuizamento de ação civil pública para evitar prejuízos ou obter ressarcimento de danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado, sem prejuízo da ação de indenização do prejudicado.

No ano seguinte, a preocupação com a proteção judicial aos interesses individuais homogêneos, difusos e coletivos da criança e do adolescente manifesta-se em diversos dispositivos contidos no capítulo VII, da Lei n. 8.069, de 13.7.90. Nos termos do art. 210, são considerados, novamente, legitimados para os respectivos interesses coletivos ou difusos, o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal e os Territórios, as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos na lei, dispensando-se a autorização da assembléia, se houver prévia autorização estatutária.

A elaboração do Código Brasileiro de Defesa do Consumidor foi fruto de longo trabalho³⁸⁰. O arcabouço da lei começou a ser traçado, ainda antes da promulgação da Constituição de 1988, quando o então presidente do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, Flávio Flores da Cunha Bierrenbach, constituiu comissão, composta pelos juristas Ada Pellegrini Grinover, na qualidade de coordenadora, Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe e Zelmo Denari com o objetivo de elaborar

anteprojeto de código. O grupo foi assessorado por vários juristas de envergadura, como, por exemplo, Nelson Nery Júnior. A proposta inicial foi encaminhada ao governo e a pessoas e entidades ligadas ao tema, recebendo sugestões e críticas, que ensejaram a sua reformulação e na redação, publicada no Diário Oficial do dia 4 de janeiro de 1989. Em seguida, vários parlamentares apresentaram, no Congresso Nacional, projetos de lei decorrentes desse anteprojeto.

Com o escopo de dar cumprimento ao disposto no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, foi constituída Comissão Mista do Congresso Nacional, que realizou a consolidação dos projetos existentes, sob a coordenação do Deputado Joaci Góes, assessorado por juristas que haviam participado da comissão do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, notadamente Ada Pellegrini Grinover, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin e Nelson Nery Júnior. O projeto da Comissão Mista, publicado no dia 4 de novembro de 1989, veio a receber algumas emendas, sendo finalmente submetido ao Plenário e aprovado durante a convocação extraordinária, em julho de 1990. Levado à apreciação presidencial, foi sancionado parcialmente pelo então Presidente Fernando Collor, que lançou nada menos que 42 vetos ao texto aprovado no Congresso, resultando, assim, na Lei n. 8.078, de 11.9.90. Entrou em vigor no dia 11.3.91, ou seja, após 180 dias a contar da publicação, ocorrida em 12.9.90.

³⁸⁰ Sobre o desenvolvimento desse *iter*, consulte-se Ada Pellegrini Grinover *et alii*, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, especialmente a introdução, escrita por Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, p. 1- 6.

O Código de Defesa do Consumidor passou a representar o modelo estrutural para as ações coletivas no Brasil, na medida em que encontra aplicabilidade não apenas para os processos relacionados com a proteção do consumidor em juízo, mas, também, em geral, para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, por determinação expressa do art. 21, da Lei n. 7.347/85, acrescentado em razão do art. 117, da Lei n. 8.078/90. Regulou, assim, o Código do Consumidor, os aspectos mais importantes da tutela jurisdicional coletiva, desde a problemática da competência e da legitimação até a da execução, passando pela coisa julgada e os seus efeitos, além da questão da litispendência e das, não menos importantes, definições conceituais pertinentes aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Por conseguinte, os estudos e proposições, que serão empreendidas no presente trabalho, levarão em conta, centralmente, as regras dispostas na Lei n. 8.078/90.

Em 1993, foram promulgadas as Leis n. 8.625, de 12 de fevereiro, e Complementar n. 75, de 20.5, relacionadas com a organização do Ministério Público, no âmbito dos Estados e da União, respectivamente, que procuraram disciplinar, dentre outras matérias, as funções do Ministério Público, inclusive no que diz respeito às ações civis públicas³⁸¹.

A Lei n. 8.884 (Lei Antitruste), de 11.6.94, acrescentou o inciso V, ao art. 1º, da Lei n. 7.347/85, reconhecendo expressamente o cabimento de ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados por infração da ordem econômica e da economia popular.

³⁸¹ Vide, especialmente, os art. 25, da Lei n. 8.625/93, e 6º, da Lei Complementar n. 75/93.

O caminho legislativo percorrido não foi, entretanto, apenas de avanços. Em determinados momentos, a tutela jurisdicional coletiva sofreu, em conjunto ou isoladamente, reveses, ressaltando-se as restrições impostas às ações coletivas instauradas contra atos do Poder Público e o ensaio de atomização, manifestando-se este último na tentativa de se confinar os efeitos do julgado nos limites da competência territorial do órgão prolator da sentença. Foram editadas, assim, as Leis n. 8.437, de 30.6.92, estabelecendo a necessidade prévia de audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, para a apreciação de requerimento de liminar no mandado de segurança coletivo e na ação civil pública³⁸²; e n. 9.494, de 10.9.97, a fim de conter os efeitos da coisa julgada, como supramencionado, estatuinto, para tanto, nova redação para o art. 16, da Lei n. 7.347/85.

No final do ano de 1999, aprovou-se a Lei n. 9.870, de 23 de novembro, dispondo sobre o estabelecimento do valor das anuidades escolares e prevendo, com fulcro no art. 7º, que se encontram “legitimados à propositura das ações previstas na Lei n. 8.078, de 1990, para a defesa dos direitos assegurados por esta lei e pela legislação vigente, as associações de alunos, de pais de alunos e responsáveis, sendo indispensável, em qualquer caso o apoio de, pelo menos, vinte por cento dos pais de alunos do estabelecimento de ensino ou dos alunos, no caso de ensino superior”.

Por fim, há que se constatar que as ações coletivas continuam sendo tratadas apenas por leis extravagantes, enquanto que o Código de Processo Civil

³⁸² Art. 2º.

praticamente nada regula sobre o assunto, salvo a previsão genérica de legitimação, contida no art. 6º. O Direito Processual Civil precisa, assim, incorporar ao seu principal texto legislativo as conquistas já realizadas, consignando, seja de modo concentrado em livro ou título a ser acrescentado, seja inserindo nos respectivos livros, principalmente nos de conhecimento e execução, as normas pertinentes ao processo coletivo. Seria, dessa forma, oportunidade para que se avançasse na sistematização das regras voltadas para as ações coletivas, almejando que os instrumentos hoje existentes sejam aperfeiçoados, obtendo-se resultados mormente mais positivos para o acesso à justiça, para a economia judiciária e melhoria da prestação jurisdicional.

Capítulo 16 – Interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos

16.1. A definição dos conceitos por lei

O § único, do art. 81, do Código de Defesa do Consumidor, estabeleceu que a defesa coletiva será exercida quando se tratar de interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Utilizou-se, assim, de necessária ousadia para, se não superar, pelo menos, tentar avançar em terreno, de certo modo, movediço.

As incertezas giravam principalmente em torno dos denominados interesses difusos e coletivos. “Expressões essas que durante muito tempo foram usadas, e não apenas no Brasil, em forma, por assim dizer, promíscua, isto é, sem a preocupação de uma distinção nítida entre os dois conceitos”, como afirma José Carlos Barbosa Moreira³⁸³. A proposição legislativa não logrou apagar todas as dificuldades teóricas e práticas, mas, ao menos, assentou a discussão em torno de três categorias, dando-lhes definição legal que, por sinal, já vinha sendo sinalizada pela doutrina³⁸⁴.

³⁸³ *Ação civil pública*, p. 188.

³⁸⁴ José Carlos Barbosa Moreira, *A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos*.

Se, por um lado, o legislador procurou firmar a distinção entre os termos difuso e coletivo, optou por solução, aparentemente, conciliatória e, por certo, precavida, diante da dicotomia entre interesses e direitos. Do contrário, sempre poderia haver quem pretendesse restringir a dimensão de abrangência dos novos institutos.

16.2. Os interesses

A palavra interesse possui diversas acepções. Etimologicamente, provem do verbo latino *interesse*, significando estar entre ou no meio (*quod inter est*). Rodolfo de Camargo Mancuso³⁸⁵ menciona, por exemplo, os sentidos ético-normativo, laico e técnico. Representaria uma vantagem de ordem pecuniária ou moral, segundo a definição clássica de Henri Capitant.

No plano comum ou técnico, a palavra dispõe de variada significação, podendo representar lucro material ou pecuniário, ganho; juro; parte ou participação que alguém tem nalguma coisa; vantagem, proveito benefício; aquilo que convém; sentimento de cobiça, avidez, mas, também, zelo, simpatia, preocupação ou curiosidade por alguém ou alguma coisa; empenho; ou relação de reciprocidade entre um indivíduo e um objeto que corresponde a uma determinada necessidade daquele.

³⁸⁵ *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, p. 13 e ss.

O termo, na acepção jurídica, dispõe de “conceito bem amplo. Quer, precipuamente, mostrar a *intimidade de relações* entre a pessoa e as coisas, de modo que aquela tem sobre estes *poderes, direitos, vantagens, faculdades ou prerrogativas*”.³⁸⁶ Pode, ainda, indicar a “pretensão que se baseia ou pode basear-se em direito”.³⁸⁷

Gerhard Köbler³⁸⁸ ressalta, com propriedade, que a expressão “interesse” representa um conceito jurídico indeterminado e que o seu conteúdo deve ser aferido baseado no sentido e na finalidade da norma legal em questão (“*Es ist ein unbestimmter Rechtsbegriff. Sein Inhalt muß jeweils an Hand von Sinn und Zweck der betreffenden gesetzlichen Regelung ermittelt werden*”).

Francesco Carnelutti³⁸⁹ reforça o aspecto relacional entre a necessidade do homem e um quê, capaz de satisfazê-lo (“*rapporto tra un bisogno dell'uomo e un quid atto a soddisfarlo*”)³⁹⁰.

Karl Thiere³⁹¹ expressa que a idéia, como tal, de “interesses”, isolada e abstratamente considerada, é insignificante e vazia. Torna-se viva somente quando se agrega, ao interesse, um sujeito, como titular, e ao mesmo

³⁸⁶ De Plácido e Silva, *Vocabulário jurídico*, p. 496-498.

³⁸⁷ Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, *Dicionário Aurélio eletrônico século XXI*, verbete interesse.

³⁸⁸ *Juristisches Wörterbuch*, p. 219.

³⁸⁹ *Lezioni di diritto processuale civile*, v. I, p. 3.

³⁹⁰ Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Júnior realçam o aspecto subjetivo na concepção carneluttiana. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*, p. 56.

³⁹¹ *Die Wahrung überindividueller Interessen im Zivilprozeß*, p. 24-25.

tempo um determinado bem (no sentido mais amplo da palavra) material ou intelectual (ou moral), como objeto³⁹².

Vincenzo Vigoriti³⁹³, reafirmando inicialmente a direção dada por Cernelutti, procurou desenvolver o sentido pluriindividual, afirmando que o *“concetto è strettamente legato a quello di necessità, o di bisogno, ed esprime un’aspirazione dell’uomo verso determinati beni (intesi in senso lato) capaci di soddisfare un’esigenza individuale: come i bisogni che essi sono destinati a soddisfare, anche gli interessi sono solo umani. Quasi mai gli interessi possono essere considerati isolatamente, nella loro singolarità: più spesso essi sono legati ad altri interessi (dello stesso soggetto, o di soggetti diversi) e sono fra loro connessi e condizionati da relazioni di tipo e di intensità diversa. La gamma delle relazioni possibili vede ai due estremi, da un lato, l’indifferenza fra gli interessi (per cui il soddisfacimento di una aspirazione non tocca né pregiudica il soddisfacimento dell’altra). Fra questi due estremi le combinazioni sono le più varie: vi può essere un vincolo stretto, come accade quando un interesse è*

³⁹² “Der Begriff „Interesse“ als solcher ist – isoliert und abstrakt betrachtet – nichtssagend und leer. Er wird erst mit Leben erfüllt, wenn man ihn einem Subjekt als Träger des Interesses und gleichzeitig einem bestimmten geistigen oder materiellen Gegenstand (im allerweitesten Sinne des Wortes) als Objekt des Interesses zuordnet.“ Completando, escreveu ainda o autor alemão: “„Interesse“ bezeichnet dann nach einhelliger Meinung eine bestimmte Beziehung zwischen einem Subjekt und einem Objekt, ist nämlich „die Anteilnahme eines Subjektes an einem Gegenstand“, sodaß zunächst gestgehalten werden kann, daß es weder subjekt – noch objektlose Interessen gibt. Ein Subjekt als Träger und ein Objekt als Gegenstand des Interesses sind daher die beiden ersten essentiellen Elemente in einer Definition des Begriffs Interesse, drittes Element ist die „Anteilnahme“, das heißt also eine positive Werteinschätzung (Bewertung), die das Subjekt dem Objekt entgegenbringt. Als Subjekt steht dabei beim Individualinteresse der einzelne Mensch fest, während die Interessenobjekte wechseln können und ihre Zahl unerschöpflich ist.“

³⁹³ *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*, p. 17 e ss.

strumentale alla realizzazione di un altro interesse che si pone come finale nei confronti del primo, oppure come quando esiste un'incompatibilità fra gli interessi che, a sua volta, potrà essere parziale o totale (in questo caso praticamente coincidendo con l'ipotesi di conflitto). Sotto un altro profilo lo stesso interesse può essere 'diffuso', e cioè comune ad una pluralità di soggetti, intendendosi con questo semplicemente indicare che gli interessi di persone diverse sono fra loro qualitativamente identici, oppure può essere particolare di un solo soggetto".

16.3. Interesses públicos, privados e sociais

A palavra interesse costuma vir acompanhada de qualificações, muitas vezes contrapostas. Nesse sentido, o interesse público distingue-se do interesse privado. Costuma-se falar, assim, dos chamados interesses sociais, que estariam numa posição intermediária entre o público e o privado³⁹⁴.

O interesse público teria, ainda, uma dupla acepção, como se depreende das palavras do jurista José Joaquim Gomes Canotilho³⁹⁵, pertinentes duplamente ao tema ora tratado³⁹⁶:

³⁹⁴ Vide, no sentido da dicotomia apresentada no texto, os ensinamentos de Mauro Cappelletti, no capítulo da Itália.

³⁹⁵ *Direito Constitucional*, p. 662.

³⁹⁶ Cf. o capítulo sobre Portugal.

“Através do direito de acção popular consagrado no artigo 52.º/3 (na redacção da Lei n.º 1/89), a Constituição deu guarida a um reforço das acções populares tradicionais (*‘actio popularis’*, *‘public interest action’*) e à introdução de acções populares ou colectivas destinadas à defesa de *interesses difusos* (*class actions*, *Verbandsklagen*, *actions collectives*). Nas primeiras (vide as expressões legais do Código Administrativo, artigos 365.º e 822.º), ‘qualquer do povo’, invocando o interesse público, pode substituir-se aos órgãos competentes para reagir contra a usurpação ou lesão de bens ou direitos das autarquias locais ou contra deliberações ilegais dos órgãos destas (que podem lesar também os direitos do particular: usurpação, por exemplo, de um caminho público). Estas acções podem e devem hoje estender-se à defesa dos bens protegidos e individualizados no artigo 52.º/3 (cfr. Também Cod. Proced. Administrativo, art. 50.º).

Nas segundas, qualquer cidadão, individualmente ou associado (*‘associações de defesa’*), mesmo não invocando o *interesse público*, pode intentar uma acção em defesa de *um interesse do público* em geral ou de categorias ou classes com grande número de pessoas – *interesses difusos* –, (*‘saúde pública’*, *‘ambiente’*, *‘qualidade de vida’*, *‘património cultural’*) e dos seus próprios direitos subjetivos (*‘direito ao ambiente’*, *‘direito à qualidade de vida’*, *‘direito à saúde’*). Estes dois tipos de acções tendem hoje a confundir-se, porque a defesa de interesses difusos coincide com a defesa de interesses públicos e

a defesa de direitos individuais (daí a fórmula americana *public interest action*)”.

Hugo Nigro Mazzilli³⁹⁷ afirma que a “expressão mais abrangente ainda é a do *interesse público*, identificado com o conceito de bem geral, ou seja, o interesse da coletividade como um todo. Nesse sentido, nem só não coincide, necessariamente, o interesse público com o interesse do Estado enquanto pessoa jurídica, como ainda se pode adiantar que se confundem com o interesse público os mais autênticos interesses difusos (o exemplo, por excelência, do meio ambiente). E, num sentido lato, são também públicos todos os interesses que, posto reflexamente, atinjam a sociedade como um todo. Mesmo o interesse coletivo (que atinge uma categoria determinada ou pelo menos determinável de indivíduos) e até o interesse individual, se indisponível, estão de certa forma inseridos na noção mais ampla, que é do interesse público”.

16.4. Os interesses ou direitos

O legislador brasileiro utilizou-se da expressão *interesse*, no entanto, desprovida de adjetivações. Evita-se, dessa forma, que se possa fazer distinção entre interesses legítimos ou não legítimos, vinculando-se os primeiros, para fins do exercício do direito de ação, à legitimação ordinária, prevista, como

³⁹⁷ *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*, p. 19.

regra, no art. 6º, do Código de Processo Civil, ou, ainda, de interesses legalmente protegidos, contrapondo-se, portanto, a outros que não assegurados.

Discute-se, igualmente, na doutrina, a possibilidade da equiparação dos interesses aos direitos. Arruda Alvim, Thereza Alvim, Eduardo Arruda Alvim e James Marins³⁹⁸ asseveram que as “expressões ‘interesses’ e ‘direitos’ não se equivalem. Em relação àquela sirva de exemplo a hipótese de poder ser promovida uma ação para que a ‘coletividade’ não venha a ser lesada, como exemplificativamente, ocorre com a previsão do art. 102, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, tendo aí sido atribuída legitimidade aos elencados no art. 82, do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. Diferentemente, se se tratar de hipótese de responsabilidade civil objetiva, por danos, onde se verifica um autêntico ‘direito’; na verdade, um ‘direito subjetivo’, ainda que, no caso da ‘coletividade’ por ela atomizadamente distribuído, tem-se um direito submetido a um tratamento coletivo ou difuso”.³⁹⁹

Humberto Quiroga Lavié⁴⁰⁰, colocando o interesse jurídico numa escala que antecede a formação do direito subjetivo, aponta para a necessidade de proteção daquele como medida preventiva objetiva: “*Proteger al interés jurídico antes que nazca un derecho subjetivo exigible, implica cumplir la función preventiva del derecho en beneficio del sistema jurídico en su globalidad y no solamente en beneficio de los sujetos afectados*”.

³⁹⁸ Código do Consumidor Comentado, p. 364.

³⁹⁹ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, especialmente p. 656-657, utiliza-se também da diferenciação entre direitos e interesses.

⁴⁰⁰ *El amparo colectivo*, p. 52.

Kazuo Watanabe⁴⁰¹ defende, no entanto, que os “termos ‘interesses’ e ‘direitos’ foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os ‘interesses’ assumem o mesmo *status* de ‘direito’, desaparecendo qualquer razão prática e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles”. Esclarece, ainda, que a “necessidade de estar o direito subjetivo sempre referido a um titular determinado ou ao menos determinável, impediu por muito tempo que os ‘interesses’ pertinentes, a um tempo, a toda uma coletividade e a cada um dos membros dessa mesma coletividade, como, por exemplo, os ‘interesses’ relacionados ao meio ambiente, à saúde, à educação, à qualidade de vida etc., pudessem ser havidos por juridicamente protegíveis. Era a estreiteza da concepção tradicional do direito subjetivo, marcada profundamente pelo liberalismo individualista, que obstava a essa tutela jurídica. Com o tempo, a distinção doutrinária entre ‘interesses simples’ e ‘interesses legítimos’ permitiu um pequeno avanço, com a outorga de tutela jurídica a estes últimos. Hoje, com a concepção mais larga do direito subjetivo, abrangente também do que outrora se tinha como mero ‘interesse’ na ótica individualista então predominante, ampliou-se o espectro de tutela jurídica e jurisdicional”.

16.5. Parâmetros para a interpretação legal

⁴⁰¹ *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 718-719.

Feitas as conjecturas acima, há que se firmar parâmetros para a hermenêutica das disposições formuladas pelo legislador brasileiro em relação à tutela coletiva, ou seja, da defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Leciona Carlos Maximiliano⁴⁰² que “[p]receito preliminar e fundamental da Hermenêutica é o que manda definir, de modo preciso, o caráter especial da norma e a matéria de que é objeto, e indicar o ramo de Direito a que a mesma pertence, visto variarem o critério de interpretação e as regras aplicáveis em geral, conforme a espécie jurídica de que se trata. A teoria orientadora do exegeta não pode ser única e universal, a mesma para todas as leis, imutáveis no tempo; além dos princípios gerais, observáveis a respeito de quaisquer normas, há outros especiais, exigidos pela natureza das regras jurídicas, variável conforme a fonte de que derivam, o sistema político a que se acham ligadas e as categorias diversas de relações que disciplinam. O que não partir desse pressuposto, *essencial* à boa Hermenêutica, incidirá em erros graves e freqüentes”.

Por conseguinte, a interpretação deve levar em conta, em primeiro lugar, que o instituto da tutela coletiva, seja na forma de proteção judicial dos direitos e interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, constitui-se, na espécie, objeto do Direito Processual Civil.

⁴⁰² *Hermenêutica e aplicação do direito*, p. 301, em capítulo intitulado “Varia a interpretação conforme o ramo do direito”.

A disposição topográfica dos dispositivos legais pertinentes corrobora a assertiva. Na Lei n. 8.078/90, encontram-se no Título III, denominado “Da defesa do consumidor em juízo”. Ressalte-se, ainda, que as normas contidas no Título III, do Código de Defesa do Consumidor, incluindo-se as definições legais, aplicam-se, por expressa determinação do art. 21, da Lei n. 7.347/85, em geral, à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais. Da mesma forma, a Lei n. 7.347/85, cujas disposições também podem ser consideradas de caráter geral, no que diz respeito às ações civis públicas, disciplina normas de natureza claramente processuais.

Da previsão constitucional das ações coletivas, objeto de comentários no capítulo anterior, podem ser extraídas, também, algumas indagações e conclusões.

Em primeiro lugar, caberia indagar se as normas relacionadas com a tutela coletiva possuem natureza constitucional ou se, ao contrário, são apenas formalmente constitucionais. Embora o mandado de segurança coletivo e a ação popular representem, concomitantemente, direito fundamental do cidadão e formas de controle do Estado, não se está falando aqui tão-somente destas duas ações, mas do direito à tutela coletiva como um todo.

O inciso XXXV, do art. 5º, da Constituição da República, consagra o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, ao estabelecer que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O princípio é considerado como fundamental para o Estado Democrático de Direito e, por isso, é tido como existente, ainda quando não previsto expressamente no

texto da Carta, como foi reconhecido pelo Tribunal Constitucional Alemão, em importante construção jurisprudencial⁴⁰³.

O princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional é voltado, em primeiro lugar, para o legislador infraconstitucional, no sentido de ser assegurado o direito de ação. Deve, entretanto, ser interpretado, nos dias de hoje, como garantia efetiva de acesso à justiça, tornando indispensável, assim, não apenas a proteção individual, mas, também, a tutela coletiva.

Luis Roberto Barroso leciona que, sem “minimizar a importância das situações jurídicas estritamente individuais, o Direito moderno, notadamente no campo constitucional e processual, vem se desprendendo de uma atmosfera impregnada do liberalismo individualista para um ambiente marcado pela progressiva acentuação das exigências de ordem social. Este processo de ‘transmigração’ projeta a necessidade de tutela jurídica para além das situações subjetivas que têm titulares certos e determinados, ou mesmo aquelas que recaem sobre uma coletividade cujos membros mantêm entre si uma *relação-base* (v. g., sociedade, condomínio). A nova gama de interesses a serem atendidos, denominados interesses ou direitos *difusos* (...) envolvem relações que se afastam do esquema rotineiro de contraposição entre um credor e um devedor. A

⁴⁰³ A Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz*) prevê, de modo correlato, o direito de ser ouvido em juízo (*Anspruch auf rechtliches Gehör*) e o direito de petição (*Petitionsrecht*). A Corte Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) desenvolveu, no entanto, outros princípios processuais, dentre os quais o direito à prestação jurisdicional e à efetiva tutela. Baseado no princípio da tutela efetiva, a Convenção Européia sobre Direitos Humanos previu, no seu art. 6º, a proibição à demora excessiva dos procedimentos judiciais. Consulte-se Leo Rosenberg, Karl Heinz Schwab e Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, p. 7.

proteção desses valores recém-descortinados, voltados, essencialmente, para o aprimoramento da qualidade de vida, em sua expressão material e espiritual, afeta uma pluralidade indeterminada de pessoas, que os desfruta em comum, sem que se possam dividir. Por refugirem ao modelo clássico, torna-se indispensável a adaptação das medidas processuais que se cristalizaram no envolver de realidade diversa, bem como o aporte da contribuição criativa dos novos tempos, para a elaboração de técnicas e institutos aptos a apreenderem as relações supra-individuais”.⁴⁰⁴

A tutela coletiva foi, desse modo, elevada ao patamar constitucional, enquanto garantia. Todavia, continua sendo um instituto regulado principalmente pelo Direito Processual, devendo, assim, ser analisado e estudado à luz da técnica, dos métodos e figuras pertinentes a este ramo processual.

16.6. Interesses difusos e coletivos (*stricto sensu*): interesses essencialmente coletivos (*lato sensu*)

Toda classificação comporta questionamentos, na medida em que parte de critérios, cuja relevância e prioridade podem ser impugnadas em sede doutrinária. O legislador brasileiro adotou, para a defesa judicial pluriindividual, classificação tripartida, baseada na distinção dos interesses entre difusos,

⁴⁰⁴ *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, p. 132-133.

coletivos (em sentido estrito) e individuais homogêneos. Não se pretende, aqui, divergir da elaboração legal ou adotar classificação diversa. Far-se-á, para fins didáticos e científicos, agrupamento, inicial, entre os interesses difusos e coletivos, diante da existência de características comuns, com repercussões jurídicas relevantes, sem prejuízo da análise das peculiaridades, distinguindo-os dos direitos individuais homogêneos, que serão tratados em seguida.

16.6.1. A definição legal

Os inciso I, do parágrafo único, do art. 81, do Código de Defesa do Consumidor estabeleceu a definição dos “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”.

Por sua vez, o inciso II, do dispositivo supramencionado, estatuiu que “os 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”.

Os incisos I e II, do art. 81, da Lei n. 8.078/90, disciplinam, assim, os conceitos de interesses ou direitos difusos e coletivos a partir dos elementos subjetivo e objetivo.

O primeiro aspecto, subjetivo, diz respeito à transindividualidade, ou seja, está além do indivíduo, no sentido de que não lhe pertence com exclusividade, mas, sim, a uma pluralidade de pessoas, que poderão, conforme sejam os interesses e direitos difusos ou coletivos, ser, respectivamente, indeterminadas ou determinadas, bem como ligadas por circunstâncias de fato ou por uma relação jurídica base. Há, portanto, identidade quanto à transindividualidade, mas distinção no que diz respeito à determinação e à natureza do vínculo ou relação entre os interessados.

O segundo elemento, objetivo, é centralmente caracterizado pela indivisibilidade do interesse ou direito. A impossibilidade de separação não está afeta ao elemento subjetivo, na medida em que não se exige vínculo direto e precedente entre as pessoas afetadas, até porque a presença de relação jurídica entre as mesmas não existirá no caso dos interesses ou direitos difusos. Por outro lado, o vínculo de direito entre os interessados não constitui condição *sine qua non* para a caracterização do interesse ou direito como coletivo, em sentido estrito, na medida em que a relação pode ser, tão-somente, com a parte contrária, nos termos da parte final do inciso II, do art. 81. Conseqüentemente, a indivisibilidade figura como qualidade do objeto que se quer buscar para a realização das necessidades, pertinentes à coletividade, ao grupo, categoria ou classe. Em termos processuais, a indivisibilidade deve ser apreciada a partir dos objetos imediato e mediato do pedido formulado.

16.6.2. O caráter essencialmente coletivo: unitariedade

Como abordado na primeira parte, vários fatores tornam a tutela coletiva necessária e importante nos dias de hoje. Se, por um lado, há interesses, cuja proteção era deixada apenas a cargo do Poder Público, refletindo a antiga dicotomia entre o público e o privado, há, por outro, direitos individuais, que podem, em tese e na prática, ser defendidos de modo singular ou mediante a utilização de instrumentos tradicionais como o litisconsórcio. Ressalve-se, entretanto, em relação aos direitos individuais decorrentes de origem comum, que a atuação atomizada produz, por vezes, aspectos negativos, tais como a sobrecarga do Poder Judiciário, quebra da isonomia em razão da diversidade de julgados etc.

Não se trata dos direitos de índole individual, embora protegidos coletivamente⁴⁰⁵, que se pretende analisar nesta seção. Desde os primórdios das ações de grupo (*group litigation*) na Inglaterra, o caráter coletivo das ações esteve associado e vinculado ao interesse comum (*common interest*), tendo sido transplantado posteriormente para outros países. Em determinadas legislações, como nos Estados Unidos, a essência coletiva do processo passou a estar ligada à obrigatoriedade da proteção metaindividual, no caso, mediante o uso das *class actions* (*mandatory class actions*). No ordenamento americano, a solução judicial unitária se faz necessária, expressamente, para impedir condutas incompatíveis da parte adversa da classe, nos termos da Regra 23 (b)(1)(A), e, também, para não permitir que a instauração de um processo, por determinada pessoa, acabe, na prática, dispondo sobre o interesse de outros indivíduos, que

⁴⁰⁵ Teori Albino Zavascki conseguiu cunhar, muito bem, a diferença, utilizando-se das expressões “defesa de direitos coletivos” e “defesa coletiva de direitos”, em artigo com este título.

não figuram como parte, ou interferindo de modo a impedir ou prejudicar os seus interesses.

No Brasil, o caráter essencialmente coletivo de uma demanda está relacionado com a indivisibilidade do objeto, situação esta que, se constatada, implicará no tratamento unitário, ou seja, não comportando soluções diversas para os interessados, tal qual ocorre, em situação análoga, com o litisconsórcio unitário.

José Carlos Barbosa Moreira leciona que do “ponto de vista objetivo, esses litígios a que eu chamei de essencialmente coletivos distinguem-se porque o seu objetivo é indivisível. Não se trata de uma justaposição de litígios menores, que se reúnem para formar um litígio maior. Não. O seu objeto é por natureza indivisível, como acontece, por exemplo, em matéria de proteção do meio ambiente, em matéria de defesa da flora e da fauna, em matéria de tutela dos interesses na preservação do patrimônio histórico, artístico, cultural, espiritual da sociedade; e como acontece também, numerosas vezes, no terreno da proteção do consumidor, por exemplo, quando se trata de proibir a venda, a exploração de um produto considerado perigoso ou nocivo à saúde. Não se está focalizando, nessa perspectiva, o problema isolado de cada pessoa, e sim algo que necessariamente assume dimensão coletiva e incindível, do que resulta uma consequência muito importante, que tem, inclusive, reflexos notáveis sobre a disciplina processual a ser adotada. Em que consiste esta consequência? Consiste em que é impossível satisfazer o direito ou o interesse de um dos membros da coletividade, e vice-versa: não é possível rejeitar a proteção sem que essa rejeição afete necessariamente a coletividade como tal. Se quiserem um exemplo, podemos mencionar o caso de um litígio que se forme a propósito de uma mutilação da paisagem. É impensável que a solução seja ela qual for,

aproveite a alguns e não aproveite a outros dos membros dessa coletividade. A solução será, por natureza, unitária, incindível. Ou a paisagem é protegida, é preservada, e todos os interessados são juridicamente satisfeitos, ou a paisagem não é preservada, e nenhum dos interessados na sua preservação terá satisfação jurídica”.⁴⁰⁶

A impossibilidade de decomposição do interesse ou direito em partes singulares pode ser material ou jurídica e deve ser analisada sob o prisma dos objetos imediato e mediato do pedido formulado. Os exemplos normalmente indicados para os casos de litisconsórcio unitário podem contribuir para a percepção do problema. Assim, o vínculo patrimonial não pode receber tratamento diferenciado para fins da sua existência, validade ou manutenção, em relação aos cônjuges. Por conseguinte, exige solução uniforme para o marido e para a mulher o pedido de nulidade ou anulação do casamento, bem como o requerimento de separação ou divórcio. Do contrário, situações juridicamente teratológicas poderiam advir do reconhecimento do casamento para apenas um dos cônjuges. Da mesma forma, a assembléia de acionistas será válida ou inválida para todos, embora resultado diverso possa ser possível no âmbito da eficácia.

Na esfera dos interesses ou direitos essencialmente coletivos, inúmeros exemplos podem ser, da mesma forma, apresentados. Assim, *verbi gratia*, se o Ministério Público pleiteia a limitação de horário para a realização de cultos por determinada instituição religiosa, tendo em vista a poluição sonora produzida, que atinge toda a coletividade. Naturalmente, a solução pretendida,

⁴⁰⁶ *Ações coletivas na Constituição Federal de 1988*, p. 188.

ou seja, a cessação do barulho fora dos horários permitidos, ou ainda que durante todo o tempo, não poderia ser fracionada, pois, do contrário, haveria incompatibilidade lógica e material absoluta. Da mesma forma, quando se pretende a realização de uma conduta positiva ou negativa geral, ou seja, que não seja possível de ser praticada apenas em relação a determinados indivíduos, como a instalação de material antipoluinte numa fábrica, a vedação de propaganda enganosa, a construção ou não de uma estrada ou de um ginásio esportivo, o funcionamento de uma usina nuclear, a interdição de estabelecimento de educação, saúde ou entretenimento, a proibição de veiculação de determinada programação em canal aberto de televisão ou rádio, a preservação de monumento histórico ou artístico⁴⁰⁷.

⁴⁰⁷ Como decidiu o TRF-1ª Região, Rel. Juíza Selene Maria de Almeida, Agravo de instrumento n. 2001.010.00.12908-8, *DJU*, p. 05-06-2001, p. 733: “ADMINISTRATIVO. INTERESSES DIFUSOS REFERENTES AO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL. OBRA DE DEMOLIÇÃO DE PARTE DA FERROVIA CENTRO ATLÂNTICA S/A NA ESTAÇÃO FERROVIÁRIA DE CACHOEIRA-BA. DANO AO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL DO PAÍS. DANO AO MEIO AMBIENTE. AMEAÇA DA ESTABILIDADE E CONSERVAÇÃO DE PRÉDIO TOMBADO PELO TRÁFEGO DE TRENS NO INTERIOR DA ESTAÇÃO ESCOAMENTO DE PRODUTOS PETROQUÍMICOS ATRAVÉS DE CENTRO URBANO. 1. Tombado o conjunto arquitetônico e paisagístico da cidade de Cachoeira, sujeita-se a regime especial de proteção de sorte que alterações nos seus imóveis dependem de autorização prévia do IPHAN (Decreto-Lei 25 de 30.11.37, artigos 17 e 18). 2. A passagem de trens no interior da velha estação ferroviária tombada, ameaça sua estabilidade e conservação, em virtude do aumento das vibrações e dos gases. 3. Sendo a linha férrea o principal caminho para escoar os produtos petroquímicos (paraxileno, octanol, combustíveis e outras mercadorias perigosas), coloca-se em risco a saúde das pessoas que residem nas suas proximidades. 4. Demonstrado que o projeto de demolição de parte da estação ferroviária tombada não traz nenhuma vantagem para a cidade de Cachoeira, a obra é, em princípio, solução que atende aos interesses da empresa, em detrimento da qualidade de vida dos habitantes. 5. Agravo improvido”.

Os casos de indivisibilidade e, portanto, de interesses difusos e coletivos, de acordo com os critérios fixados na lei brasileira, são numericamente reduzidos, se comparados com os relacionados aos direitos individuais homogêneos.

A falta de clareza e os equívocos cometidos em torno da correta caracterização dos fatos vêm propiciando confusão na doutrina e na jurisprudência. Não são raros, portanto, os acontecimentos, em que se manifestam pretensões absolutamente possíveis de fracionamento, mas que recebem a qualificação errônea de interesses difusos ou coletivos. Interessante notar que, normalmente, essas incompreensões se fazem acompanhar da exaltação de outros elementos, que se fazem necessários para a respectiva designação, como a pluralidade de interessados, a existência ou inexistência de relação jurídica base e o pedido comum. Ressalte-se, aqui, que a simples formulação de pedido(s) comum(ns) não significa, indicativa ou peremptoriamente, que não haja a possibilidade de fracionamento da solução.

O exemplo mais notório diz respeito aos pedidos de limitação dos reajustes de mensalidade ou formulações semelhantes, fixação de valor total de anuidade etc. Embora possa ser apresentado, pela respectiva associação de pais e/de alunos, um pedido comum, cada aluno ou responsável estará obrigado em relação à sua mensalidade ou anuidade, nada impedindo, sob o prisma lógico ou jurídico, que sejam estabelecidas alterações ou valores diferenciados, a partir de critérios como antiguidade, série ou período, número de irmãos matriculados no mesmo estabelecimento, situação econômica familiar, condição de atleta ou notas

obtidas etc. Da mesma forma, quando estiver em jogo pedido relacionado à matrícula de alunos⁴⁰⁸.

Em ambos os casos, nada impediria, por exemplo, que um aluno, isoladamente, ou até mesmo um grupo de estudantes, em litisconsórcio, pleiteasse judicialmente a não incidência do reajuste ou o direito à matrícula, sendo perfeitamente cabível o julgamento de procedência do pedido, que produziria, obviamente, efeitos limitados às partes. Falta, como se vê, aquela característica básica da incindibilidade, segundo a qual, nas palavras de Teori Albino Zavascki⁴⁰⁹, os interessados “não podem ser satisfeitos nem lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares”. Trata-se, portanto, de interesse divisível, razão pela qual não pode ser considerado como difuso ou coletivo *stricto sensu*. Mais uma vez, cabe menção às palavras de José Carlos Barbosa Moreira⁴¹⁰, proferidas em 1980, tecendo comentários ao que se enquadraria, hoje, dentro da categoria dos interesses difusos, explicando o conceito de indivisibilidade:

⁴⁰⁸ Como decidiu a 1ª Turma do STJ, no RESP 240033/CE, DJU, 18-09-2000, p. 102, Relator Min. José Delgado: “PROCESSUAL CIVIL. INTERESSES COLETIVOS. CONCEITUAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. 1. Não ingressa no rol dos denominados interesses difusos e coletivos o do aluno de ensino superior público pretender ingresso em dois cursos na mesma Universidade. 2. Tal tipo de interesse, além de não ser social, atua de forma isolada e por conveniência pessoal do indivíduo, pelo que não tem características de transindividualidade e indivisibilidade. 3. Ilegitimidade bem reconhecida pelo acórdão recorrido. 4. Recurso improvido”.

⁴⁰⁹ *Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos*, p. 149.

⁴¹⁰ *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos*, p. 195-196.

“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 possíveis interessados, sem que se possa discernir, sequer idealmente, onde acaba a ‘quota’ de um e onde começa a de outro. Por isso 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 da inteira coletividade.

Por exemplo: teme-se que a realização de obra pública venha a causar danos à flora e à fauna da região, ou acarrete a destruição de monumento histórico ou artístico. A possibilidade de tutela do ‘interesse coletivo’ na preservação dos bens em perigo, caso exista, necessariamente se fará sentir de modo uniforme com relação à totalidade dos interessados. Com efeito, não se concebe que o resultado será favorável a alguns e desfavorável a outros. Ou se preserva o bem, e todos os interessados são vitoriosos; ou não se preserva, e todos saem vencidos. Designaremos essa categoria pela expressão ‘interesses essencialmente coletivos’.”

No entanto, parte da doutrina e os tribunais vêm interpretando de modo extremamente largo a indivisibilidade prevista no art. 81, incisos I e II, do Código de Defesa do Consumidor. Segundo esse entendimento, quando o pedido

fosse formulado no sentido de um provimento jurisdicional comum, estaria cumprido o requisito. Nesse sentido, os pedidos concernentes aos aumentos de mensalidade têm sido vistos, por alguns doutrinadores⁴¹¹ e pelos tribunais⁴¹², como de natureza indivisível. Pode-se perceber, no entanto, que a discussão em

⁴¹¹ Kazuo Watanabe, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 724, aponta o critério de aumento das mensalidades, como exemplo de pedido indivisível: “O mesmo se pode dizer em relação à demanda coletiva ajuizada por Associação de Pais de Alunos contra uma ou várias escolas. Desde que objetive ela um provimento jurisdicional comum a todos que tutele, de modo uniforme, o interesse ou direito indivisível de todos alunos, por exemplo, o critério para a atualização das mensalidades, a coisa julgada, se favorável à Associação, beneficiará todos, inclusive os alunos que não estejam a ela filiados. Estamos diante de uma ação coletiva para a tutela de interesses ou direitos coletivos, de natureza indivisível. Porém, se o que se pretende é a devolução das quantias pagas a mais pelos alunos, a demanda coletiva será para a tutela de interesses ou direitos individuais homogêneos, e não de interesses ou direitos coletivos.” Todavia, utilizou-se de argumento relacionado à eficácia *erga omnes* da sentença para justificar a indivisibilidade. Entretanto a eficácia geral também faz presente, se procedente o pedido, quando em jogo os interesses ou direitos individuais homogêneos, nos termos do art. 103, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor.

⁴¹² É o que deflui do julgado da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, proferido no Recurso Extraordinário n. 190976, *DJU*, 06-02-98, p. 35, relatado pelo Min. Ilmar Galvão, com a seguinte ementa: “MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. LEGITIMIDADE PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS. MENSALIDADES ESCOLARES. ADEQUAÇÃO ÀS NORMAS DE REAJUSTE FIXADAS PELO CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO. ART. 129, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária do dia 26 de fevereiro de 1997, no julgamento do RE 163.231-3, de que foi Relator o eminente Ministro Maurício Corrêa, concluiu pela legitimidade ativa do Ministério Público para promover ação civil pública com vistas à defesa dos interesses coletivos. Recurso extraordinário conhecido e provido”. Na mesma direção, decidiu a 4ª turma do Superior Tribunal de Justiça, no RESP 43585/MG, *DJU*, 05-03-2001, p. 164, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior: “PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUMENTO DE MENSALIDADE ESCOLAR. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. I. Pacífica na jurisprudência desta Corte a orientação de que o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa de interesses coletivos, visando a coibir aumento abusivo de mensalidade escolar

torno da indivisibilidade não tem sido aprofundada nos julgamentos, predominando ainda a imprecisão de conceitos⁴¹³. Por conseguinte, os debates

(art. 81, II, da CDC). II. Precedente da Corte Especial: EREsp n. 65.836/MG, Relator Ministro Paulo Costa Leite, DJ de 22/11/99. III. Recurso conhecido e provido”.

⁴¹³ Nesse sentido, vide a seguinte ementa: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E HOMOGÊNEOS. MENSALIDADES ESCOLARES: CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO PARQUET PARA DISCUTI-LAS EM JUÍZO.

1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127). 2. Por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, I e III). 3. Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. 3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos. 4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. 4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas. 5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal. 5.1. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade *ad causam*, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e

forenses são conduzidos para a problemática da legitimação, principalmente em torno do Ministério Público, sem que se faça, de modo prévio e seguro, a determinação da espécie de interesse pluriindividual que se encontra *sub judice*.

Como se verá adiante, a indivisibilidade pertinente aos interesses e direitos essencialmente coletivos enseja a obrigatoriedade do tratamento transindividual, na medida em que a indivisibilidade produz efeitos e reflexos, de maneira inexorável, não apenas para os que figuraram como parte no processo, mas para todas as pessoas interessadas. Produzirá efeitos importantes, conseqüentemente, no regime da legitimação, da litispendência e da coisa julgada.

16.6.3. Os aspectos distintivos entre interesses difusos e coletivos: determinação das pessoas e existência de vínculo

Constatada a transindividualidade e a natureza indivisível do objeto, estar-se-á diante de interesses essencialmente coletivos, mas que poderão ser classificados como difusos ou coletivos em sentido estrito.

de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal. Recurso extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação”, Recurso Extraordinário n. 163.231-SP, Rel. Min. Maurício Corrêa.

A correta distinção se faz necessária e é importante, na medida em que as duas categorias estão submetidas a regime diverso em termos de coisa julgada. A sentença proferida em relação aos interesses difusos produzirá efeitos *erga omnes*, enquanto que na solução dos conflitos envolvendo interesses coletivos a eficácia estará adstrita ao grupo, categoria ou classe.

É de se observar que a aferição da parte autora, *a priori*, não possui relevância para a distinção do interesse, embora possa parecer caminho fácil e sugestivo. Como se verá adiante, a legitimação, nos termos do art. 82, da Lei n. 8.078/90, é disjuntiva. E, principalmente, em se tratando de interesses difusos ou coletivos em sentido estrito, sequer a atuação como parte merece objeção, porque se encaixa literalmente no esquema instituído pelo art. 129, inciso III, da Constituição da República. Assim sendo, não será correta a afirmação de que o interesse é coletivo, tendo em vista figurar o sindicato como autor, ou ainda, que a qualidade difusa decorre da presença do Ministério Público no pólo ativo da demanda. Tais raciocínios carecem de sustentação legal, embora sejam passíveis de incidência freqüente na prática forense.

Por outro lado, o Direito Processual moderno é informado pelo princípio da congruência, ficando o julgador adstrito aos limites do pedido apresentado. No entanto, a regra aplicável aos processos individuais deve ser aplicada à luz das disposições inerentes à proteção judicial dos interesses coletivos, previstas no art. 103, do Código de Defesa do Consumidor. O que não quer dizer que o pedido seja de todo irrelevante para a definição da espécie de interesse. Isso porque “é possível distinguir, no pedido, um objeto *imediato* e um objeto *mediato*. Objeto *imediato* do pedido é a providência jurisdicional solicitada (ex.: a condenação do réu ao pagamento de x); objeto *mediato* é o bem que o autor pretende conseguir por meio dessa providência (ex.: a importância

x)”.⁴¹⁴ Por conseguinte, o pedido representará, para o interesse, o elemento objetivo necessário à satisfação das necessidades humanas. E a eventual indivisibilidade decorrerá, assim, do bem jurídico almejado (v. g.: o monumento público a ser preservado; a escola a ser construída; o equipamento antipoluinte a ser instalado) ou da providência judicial requerida (e. g.: declaração de nulidade ou anulação de ato jurídico). Todavia, sob o prisma subjetivo, só será coletivo o interesse quando o objeto estiver em posição de satisfazer, de modo exclusivo ou especial, um determinado grupo, categoria ou classe de pessoas. Do contrário, o objeto estará apto a beneficiar uma coletividade, ainda que integrada por grupos, categorias e classes de pessoas determinadas. Assim sendo, não será a delimitação do pedido que irá transformar interesses difusos em coletivos, apenas porque o grupo, a categoria ou a classe esteja situado dentro da coletividade.

A diferenciação entre as duas espécies deverá levar em conta, sim, com fulcro no art. 81, parágrafo único, inciso I, se as pessoas são ou não determinadas e se estão ligadas por meras circunstâncias de fato ou por vínculo jurídico relevante para o caso.

Os interesses difusos, como leciona José Carlos Barbosa Moreira, não “pertencem a uma pessoa isolada, nem a um grupo nitidamente delimitado de pessoas (ao contrário do que se dá em situações clássicas como a do condomínio ou a da pluralidade de credores numa única obrigação), mas a uma série *indeterminada* – e, ao menos para efeitos práticos, *de difícil ou impossível determinação* –, cujos membros não se ligam necessariamente por vínculo jurídico definido. Pode tratar-se, por exemplo, dos habitantes de determinada

⁴¹⁴ José Carlos Barbosa Moreira, *O novo processo civil brasileiro*, p. 10.

região, dos consumidores de certo produto, das pessoas que vivem sob tais ou quais condições sócio-econômicas, ou que se sujeitem às consequências deste ou daquele empreendimento público ou privado”.⁴¹⁵

Não se exige que a indeterminabilidade seja absoluta, mas apenas que seja difícil ou irrazoável. Desse modo, os titulares de uma pequena comunidade ou cidade, diante de um problema ambiental eminentemente local, serão, para fins de enquadramento no sistema brasileiro, considerados como indeterminados. Junte-se a isso a possibilidade da falta ou irrelevância de relação jurídica base. Forçoso concluir, portanto, que o interesse difuso será qualificado por exclusão, ou seja, quando não for coletivo em sentido estrito, porque inexistentes a determinação e a relação jurídica base das pessoas entre si ou com a parte contrária.

16.7. Interesses individuais homogêneos: interesses acidentalmente coletivos – a defesa coletiva dos direitos individuais

O art. 81, parágrafo único, III, da Lei n. 8.078/90, prevê que a defesa coletiva “será exercida quando se tratar de” interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

⁴¹⁵ *A proteção jurídica dos interesses coletivos*, p. 184.

A primeira observação que se pode fazer diz respeito à interpretação da norma como dispositiva, não obstante o comando imperativo do verbo contido no enunciado. O próprio *caput*, do artigo 81, dispõe de modo diverso, ao enunciar que a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente ou a título coletivo.

A falta da indivisibilidade é a principal característica dos interesses individuais homogêneos. Sendo possível o fracionamento, não haverá, *a priori*, tratamento unitário obrigatório, sendo factível a adoção de soluções diferenciadas para os interessados.

Os interesses ou direitos são, portanto, essencialmente individuais e apenas acidentalmente coletivos. Para serem qualificados como homogêneos precisam envolver uma pluralidade de pessoas e decorrer de origem comum, situação esta que “não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias ou de um produto nocivo à saúde adquiridos por vários consumidores num largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos com homogeneidade tal que os tornam a ‘origem comum’ de todos eles”.⁴¹⁶

Os direitos individuais são vistos, por vezes, como passageiros de segunda classe, ou até indesejáveis, dentro desse meio instrumental que é a tutela judicial coletiva. O estigma não passa de preconceito e resistência diante dos

⁴¹⁶ Kazuo Watanabe, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 724.

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

Last but not least, a vida moderna é marcada por fatos e atos relacionados com números expressivos de pessoas: desastres, relações de consumo, litígios envolvendo funcionários, empregados, aposentados, contribuintes, idosos, crianças, deficientes, investidores etc. Fenômenos típicos de massa e que não devem ser considerados e tratados como questões puramente individuais, ainda que a situação pertinente possa ser fracionada, porque divisível. Assumem, assim, relevância social inegável.

A proteção coletiva de direitos individuais deve obedecer, no entanto, aos requisitos da prevalência das questões de direito e de fato comuns sobre as questões de direito ou de fato individuais e da superioridade da tutela coletiva sobre a individual, em termos de justiça e eficácia da sentença. Assemelha-se, assim, ao previsto na legislação norte-americana para as *class actions*. Justificando a exigência, Ada Pellegrini Grinover leciona que:

“O requisito da prevalência dos aspectos comuns sobre os individuais indica que, sem isso, haveria desintegração dos

elementos individuais; e o da superioridade leva em conta a necessidade de se evitar o tratamento de ação de classe nos casos em que ela possa acarretar dificuldades insuperáveis, aferindo-se a vantagem, no caso concreto, de não se fragmentarem as decisões”.⁴¹⁷

⁴¹⁷ *Da class action for damages à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade*, p. 24.

Capítulo 17 – Competência

17.1. Generalidades

A prestação jurisdicional, como se sabe, é um dever do Estado que corresponde, por outro lado, ao direito de ação⁴¹⁸. A jurisdição, nas palavras de **Chiovenda**⁴¹⁹, “é a função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade dos órgãos públicos, da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos, já no afirmar a existência da vontade da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva”.

A jurisdição está presente em todos os órgãos do Poder Judiciário, tendo em vista que o juiz, com a investidura no cargo, dotado está do poder de dizer o direito, ou seja, da função judicante. Na medida em que a prestação jurisdicional é um serviço público e, como tal, deve ser realizado a contento, não obstante todas as carências, há uma necessidade prática de divisão do trabalho e das tarefas, a fim de otimizar ou, quando menos, viabilizar o exercício da função como um todo. Essa razão de ordem prática norteia, em geral, a fixação da

⁴¹⁸ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, *Competência cível da Justiça Federal*.

⁴¹⁹ *Instituições*, vol. II, p. 11.

competência dos órgãos judiciais. Sob o prisma teórico, a jurisdição pode ser entendida como o poder, enquanto a competência é o exercício delimitado daquele. Tecnicamente, portanto, a jurisdição estará sempre presente para o juiz, podendo faltar-lhe, entretanto, a competência. Nessa direção, ensina Eduardo Couture⁴²⁰ que:

“La competencia es una medida de jurisdicción. Todos los jueces tienen jurisdicción; pero no todos tienen competencia para conocer en un determinado asunto. Un juez competente es, al mismo tiempo, juez con jurisdicción; pero un juez incompetente es un juez con jurisdicción y sin competencia. La competencia es el fragmento de jurisdicción atribuido a un juez.”

A investidura na jurisdição e a competência são tratadas dentro da doutrina tradicional, cuja tendência é ampliativa, segundo José Roberto dos Santos Bedaque⁴²¹, como pressupostos processuais subjetivos. A investidura seria necessária para a própria existência da relação instrumental, enquanto a competência para a sua validade. Na sistemática atual do direito pátrio, o enquadramento da competência como pressuposto para a validade do processo não encontra respaldo nas normas vigentes. Como leciona o mestre Barbosa

⁴²⁰ Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 29.

⁴²¹ Pressupostos processuais e condições da ação, II.

Moreira⁴²², a “incompetência nunca faz nulo o processo: consoante já se recordou, mesmo a absoluta invalida unicamente os atos decisórios (art. 113, §2º)” No caso da incompetência relativa, haverá simplesmente a prorrogação, se não for oferecida a exceção respectiva, nos termos do artigo 114, do Código de Processo Civil, ou, se oposta e acolhida, a única consequência será a remessa dos autos para o juiz competente, como preceituam os artigos 311 e 113, §2º, *a contrario sensu*. Melhor, portanto, compreender a competência como pressuposto para a apreciação do mérito pelo juiz, não gerando, a sua falta, a extinção do processo, mas, sim, a decisão interlocutória⁴²³ de remeter os autos ao órgão competente.

Do exposto, não se vulnera nem um pouco a importância da questão da competência, pois esta será sempre a primeira indagação dos advogados, do Ministério Público quando oficiante, do juiz da causa e do Tribunal, este último quando chamado a apreciar um recurso, um conflito de competência (indevidamente chamado de jurisdição no processo penal) ou mesmo uma ação rescisória fundada na segunda parte do inciso II do artigo 485 do Código de Processo Civil. Para as partes, o desacerto na escolha pode representar a ausência de solução para a lide por vários meses ou anos, ou mesmo a rescisão da sentença já prolatada.

⁴²² Sobre Pressupostos processuais, 7.

⁴²³ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, *Decisão ou Sentença*.

Por fim, a Constituição da República foi taxativa ao elencar, no artigo 5º, princípios básicos e relacionados como o do devido processo legal (inciso LIV) e do juiz natural (XXXVII), além de dispor textualmente que:

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

17.2. Critérios de determinação

Chiovenda⁴²⁴ estabeleceu os critérios de determinação da competência em três grupos: a) objetivo, englobando o valor da causa, a natureza da causa (competência por matéria) e a qualidade das pessoas litigantes; b) funcional, tendo em consideração as funções que se chama o magistrado a exercer no processo; c) territorial, relacionado com a área geográfica atribuída a cada órgão judicial.

A classificação e os critérios descritos por Chiovenda fizeram escola na doutrina brasileira. Note-se, contudo, que, embora em algumas

⁴²⁴ Chiovenda, *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, p. 214.

obras⁴²⁵ o pensamento do jurista italiano seja transmitido com clareza e fidelidade, em outras, há omissões e confusões. Por outro lado, a presença de críticas e, conseqüentemente, do aprofundamento e renovação da discussão sobre o tema é salutar. Entretanto, o presente trabalho não tem por escopo tamanho desafio, razão pela qual apenas lançará algumas observações, procurando, outrossim, não escapar da natureza introdutória deste tópico.

Em relação ao critério objetivo, Chiovenda destacou a competência em razão do valor da causa, da matéria e da qualidade das pessoas litigantes. Quanto ao último, levando em conta a realidade italiana da época, afirmou que “já teve grande importância na formação de jurisdições especiais (privilegiadas); mas hoje, por si só, não inflúe mais na competência do juiz, salvo em casos excepcionalíssimos”⁴²⁶. Todavia, no Brasil, a competência *ratione personae* é de grande importância, sendo o principal e tradicional critério para a fixação da competência da Justiça Federal, além de se fazer também sentido na Justiça dos Estados, diante das Varas de Fazenda Pública. Certo é, no entanto, que o Código de Processo Civil de 1973 deixou de elencar a competência em razão da pessoa no seu bojo. Entretanto, a falta não é relevante para a exclusão do critério, como bem observa Celso Agrícola Barbi:

⁴²⁵ Celso Agrícola Barbi, *Comentários ao CPC*, v. 1, p. 246; Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*, p. 197 e segs.; e Sergio Bermudes, *Introdução ao Processo Civil*, p. 60 e segs.

⁴²⁶ Chiovenda, obra citada, p. 214.

“A omissão do legislador em se referir à competência determinada pela qualidade das pessoas não constitui, porém, empecilho à sua existência, no que se refere à Justiça Federal de primeira instância, porque ela está assegurada no art. 109, I, da Constituição Federal. Essa omissão não é também de molde a impedir que os Estados criem juízos privativos para causas da Fazenda Pública Estadual e Municipal, os quais são tradicionais no nosso direito e atendem à conveniência geral”.⁴²⁷

Chiovenda denominou de objetivo o grupo compreendido pelos critérios em razão do valor da causa, da matéria e da qualidade das pessoas. Algumas indagações, contudo, poderiam ser formuladas: a) haveria um critério subjetivo em contrapartida ao objetivo? b) a competência *ratione personae* estaria apropriadamente compreendida no grupo objetivo? c) as pessoas fariam parte do objeto da relação jurídica processual ou do processo?

Explicando o que seria o critério funcional, Chiovenda afirmou que “extrai-se da natureza especial e das exigências especiais das funções que se chama o magistrado a exercer num processo. Tais funções podem repartir-se entre diversos órgãos na mesma causa (assim, há juizes de primeiro grau e segundo grau, juizes da cognição, juizes da execução), ou devem confiar-se ao juiz de dado território, em vista exatamente, de suas exigências, abrindo lugar a uma competência em que o elemento funcional concorre com o territorial”.⁴²⁸

⁴²⁷ Celso Agrícola Barbi, *Comentários ao CPC*, v. 1, p. 248.

⁴²⁸ Chiovenda, obra citada, p. 214.

No sentido traçado na parte final do texto, em que há concorrência dos elementos funcional e territorial, é perfeitamente possível apontar-se, por exemplo, a competência para o cumprimento das cartas rogatórias, de ordem e precatórias, incluindo-se nestas últimas a chamada execução por carta⁴²⁹, em que, na realidade, podem ser deprecadas a penhora, avaliação e arrematação. Todavia, o enquadramento no gênero do critério funcional-territorial vem açambarcando uma imensidão de casos, talvez para afirmar uma natureza absoluta, fugindo, assim, da relatividade como regra no critério territorial. A competência no mandado de segurança, na ação civil pública e até nas hipóteses de incompetência absoluta do artigo 95 do Código de Processo Civil têm sido colocados no rol. Nada há, entretanto, de função, mas, tão-somente, de elemento territorial nos casos acima apontados. Por outro lado, a regra da competência modificável em razão do valor e do território pode ser ressalvada para o caso em questão, por determinação legal, tal como feito na parte final do artigo 95, sem que, para tanto, haja a necessidade de violação dos conceitos.

17.3. Modo de definição (iter)

O princípio do juiz natural estabelece que a demanda seja formulada sempre para um julgador cuja competência foi prévia e legalmente estabelecida. Por essa razão, os critérios de determinação da competência, acima apontados, estarão presentes em variadas normas processuais, cujas fontes (ou

⁴²⁹ Vide CPC, art. 747, parte inicial.

formas de expressão do direito⁴³⁰) podem ser as Constituições da República e dos Estados, os tratados, leis complementares e ordinárias, tanto federais como estaduais, como o Código de Processo Civil e os Códigos de Organização e Divisões Judiciárias, os regimentos internos dos Tribunais e provimentos de órgãos com atribuição legal⁴³¹.

O primeiro passo para a definição do órgão ao qual deve ser dirigida a demanda diz respeito à competência internacional, ou seja, é a verificação se a causa pode ou deve ser ajuizada perante o Poder Judiciário brasileiro, levando-se em conta os artigos 88 e 89 do Código de Processo Civil e que regulam, respectivamente, as chamadas competências concorrente e exclusiva.

Subsumindo-se o caso em uma das hipóteses previstas nos artigos 88 e 89, passa-se, então, à etapa seguinte, que é a da identificação da competência interna. Cabe indagar, agora, se a causa não se enquadra dentro de uma das hipóteses da competência originária do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. Questiona-se, em seguida, se o feito deve ser entregue a um dos organismos ou ramos de especialização do Poder Judiciário, verificando-se se a matéria é trabalhista (art. 114, da Constituição da República), eleitoral ou militar, e, por último, se a causa é da competência da Justiça Federal (Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais). Encontra-se, por exclusão, a competência da Justiça dos Estados, que é residual. Define-se, nesse segundo

⁴³⁰ Limongi França, Manual de Direito Civil, p. 15.

⁴³¹ Vide, por exemplo, o art. 12, da Lei nº 5.010/66.

momento, qual a Justiça competente, o que é chamado de competência de ‘jurisdição’, denominação essa que recebeu a seguinte crítica formulada por Araújo Cintra, Ada Pellegrini e Cândido Dinamarco⁴³²:

“A expressão *competência de jurisdição* é, a rigor, incorreta e contraditória (ou o problema a que se refere é de competência, ou de jurisdição - nunca de ambas as coisas). Ela é utilizada aqui, à falta de outra melhor (e segundo o uso da doutrina), para significar o conjunto de atividades jurisdicionais cujo exercício é atribuído a cada organismo judiciário, ou sistema integrado e autônomo de órgãos (Justiças). Como se vê, a ‘competência de jurisdição’ é típico fenômeno de competência, não interferindo de maneira alguma na jurisdição como expressão do poder inerente ao Estado soberano (que todas as Justiça, indiferentemente, têm).”⁴³³

Não sendo o feito da competência originária de nenhum Tribunal (se não for do STF e do STJ, deve ser analisada a competência originária do(s) Tribunal(is) situado(s) na respectiva ‘Justiça’) e definido o tronco da Justiça (do

⁴³² *Teoria Geral do Processo*, p. 210.

⁴³³ Contra, entendendo que se trata, de fato, de jurisdição, J. J. Calmon de Passos, conforme aula ministrada no curso de especialização em processo civil, organizado em conjunto, pela UnB e CJP. Segundo o mestre baiano, a incompetência de jurisdição revela, portanto, a falta de pressuposto processual no campo da existência. Vide fita de vídeo gravada pelo Centro de Estudos do Conselho da Justiça Federal.

Trabalho, Militar, Eleitoral, Federal ou Estadual), a operação seguinte consiste na localização do foro competente, utilizando-se, para tanto, o critério territorial. As regras respectivas estão presentes, principalmente, no Código de Processo Civil (arts. 94 a 100), mas também em leis especiais, v. g. art. 2º da Lei nº 7.347/85, e até mesmo na Constituição da República (§§ 1º a 3º, do art. 109).

Definido o foro, há que se precisar o órgão, caso haja mais de um, obviamente, indagando-se sobre a existência ou não de varas especializadas (execução fiscal, previdenciária, família, Fazenda Pública etc). Se houver mais de um órgão, especializado ou não, com competência para o feito, estar-se-á diante da chamada competência concorrente, que se resolverá, nos termos do artigo 251, do Estatuto Processual Civil, com a distribuição da ação, considerando-se prevento o juiz que despachou em primeiro lugar, à luz do previsto no artigo 106, que incide na espécie⁴³⁴. Observe-se que a distribuição e o fenômeno da prevenção servem para definir não apenas o juízo (órgão judicial), mas, também, o juiz competente, porquanto a Constituição de 1988 estabeleceu, no inciso I do art. 93, o cargo de Juiz Substituto como inicial da carreira.

17.4. Competência concorrente, relativa e absoluta

Chiovenda, ao abordar a competência territorial, procurou demonstrar que a lei pode prever para uma determinada causa apenas um foro competente, denominado por ele de exclusivo, ou diversos foros, que seriam, assim, concorrentes. Em relação a esses últimos, subdividiu-os, ainda, em eletivos e sucessivos. Nada melhor que as próprias palavras do insigne jurista para esclarecer:

“Relativamente a uma mesma causa, pode dar-se que haja um só fôro competente, ou diversos. Distinguem-se, pois, os fóros, ainda, em:

a) *Exclusivos* (se o réu pode pretender ser chamado perante eles, com exclusão de qualquer outro, salvo sempre o direito de *prorrogar* o fôro; exclusividade expressa pela lei com o imperativo: “*propor-se-á* a ação”, “*deve-se* propor” (...).

b) *Concorrentes eletivamente* (se o autor pode escolher diversos fóros, direito de escolha expresso pela lei com o facultativo “a ação *pode-se* propor”;

⁴³⁴ A regra prevista no artigo 219, do CPC, por outro lado, como se sabe, só incide para a prevenção relacionada com juízes cuja competência territorial seja diversa.

c) *Concorrentes sucessivamente* (se há diversos fóros competentes, sem direito à escolha pelo autor, mas um na falta do outro).”⁴³⁵

Ressalte-se, no entanto, que a competência concorrente pode ocorrer na fixação do foro ou do juízo, pois o que a caracteriza é a atribuição a mais de um órgão judicial, situado no mesmo ou em diverso foro, para julgar determinadas causas, havendo ou não a possibilidade de escolha por parte do autor. Note-se que, diante da competência concorrente no mesmo foro, a vontade do autor será sempre irrelevante, porque a remessa, como dito no item anterior, para este ou aquele juízo decorrerá da distribuição. A competência concorrente territorial caracteriza-se, por sua vez, pela formulação legislativa de mais de um foro competente, cabendo, conforme o caso, a escolha ao autor (eletiva), apenas dentre as opções oferecidas, é bom lembrar, ou uma situação de subsidiariedade prevista pela norma (chamada de sucessiva). No ordenamento processual civil pátrio, a competência territorial prima pela exclusividade, não obstante a possibilidade de prorrogação, como mencionou Chiovenda, tendo em vista a relatividade do critério territorial de competência como regra, que não se confunde com a concorrência, como se recordará em seguida. Mas, há, também, vários casos de foros concorrentes.

Há possibilidade de escolha pelo autor, por exemplo, quando o réu tem mais de um domicílio (CPC, art. 94, §1º); no caso de litisconsortes com

⁴³⁵ *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, p. 271-272.

diferentes domicílios (CPC, art. 94, §4º); nas ações fundadas em direito real sobre imóveis, entre o foro do imóvel e o do domicílio ou de eleição, desde que não incida a parte final do artigo 95 do CPC; nas ações de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços (art. 101, I, da Lei nº 8.078/90); e nas causas intentadas contra a União (CR, art. 109, § 2º).

São hipóteses de concorrência subsidiária a possibilidade do réu ser demandado no domicílio do autor, quando aquele não tiver domicílio ou residência no país (CPC, art. 94, §3º, primeira parte); o foro da situação dos bens (CPC, art. 96, § único, I) e o do lugar em que ocorreu o óbito (CPC, art. 96, § único, II).

Do exposto, pode-se perceber com clareza que na competência concorrente os órgãos judiciais já eram competentes, segundo as normas processuais pertinentes. Não há qualquer problema, falta ou modificação de competência, pois a fixação, num ou noutro órgão judicial, não alterará ou derrogará a competência, porque, repetindo, ela já preexistia.

A relatividade e a inderrogabilidade da competência, por outro lado, dizem respeito, aí sim, a possibilidade ou não de ser a mesma modificada. A regra básica está inserta no artigo 111, do Código de Processo Civil, prevendo que a competência em razão da matéria e da hierarquia (*rectius* funcional) é absoluta, sendo, entretanto, modificável a competência em razão do valor e do território. A falta de definição legal em relação ao critério *ratione personae*, não tem provocado, todavia, qualquer dissenso na doutrina e na jurisprudência, em

relação à rigidez da competência assim fixada. A norma geral, em alguns casos, é derogada por regras especiais, como na parte final do artigo 95, do Código Processual.

Para que se possa discorrer adiante em termos específicos, é importante ressaltar que, quando relativa, a competência pode ser modificada apenas por vontade das partes (art. 111, *caput, in fine*) ou quando não oferecida tempestivamente a respectiva exceção, diante do ajuizamento perante um órgão incompetente (art. 114). Havendo eleição de foro, não há que se falar, no momento do ajuizamento da demanda, sequer em órgão incompetente, porque, com a escolha, já ocorrera a prorrogação. A outra espécie de prorrogação pode acontecer quando o autor ajuíza a ação perante um foro incompetente, ou seja, diverso do estabelecido pela lei. Nesse caso, não se enquadrando a hipótese em um dos casos de competência territorial absoluta, o réu precisa oferecer, no prazo da resposta, a exceção de incompetência, pois, do contrário, há o fenômeno da prorrogação. Conseqüentemente, o que não era passa a ser competente (art. 114).

Em posição correlata à competência concorrente e relativa estão os fenômenos da prevenção e da prorrogação, pois o primeiro só ocorre entre juízes competentes e o segundo diante da falta de competência.

17.5. A competência para as ações coletivas na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor

A fixação da competência para as ações coletivas, em geral, foi prevista em dois dispositivos legais: no art. 2º, da Lei n. 7.347/5⁴³⁶ e no art. 93, da Lei n. 8.078/90. O primeiro prevê, como visto anteriormente, que as ações civis públicas devem ser propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo “terá competência funcional para processar e julgar a causa”. Por sua vez, o art. 90, da Lei de Defesa do Consumidor, determinou a aplicação das normas estabelecidas na Lei da Ação Civil Pública às ações previstas no Título III da Lei n. 8.078/90, incluindo-se neste rol a defesa coletiva estatuída no art. 81. No entanto, a Lei de Defesa do Consumidor também regulou sobre o tema:

“Art. 93. Ressalvada a competência da Justiça Federal, é competente para a causa a justiça local:

I – no foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II – no foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional,

⁴³⁶ Em termos de meio ambiente, Álvaro Luiz Valery Mirra escreveu o artigo *Ação civil pública em defesa do meio ambiente: a questão da competência jurisdicional*.

aplicando-se as regras do Código de Processo Civil aos casos de competência concorrente”.

Procurando manter a sintonia entre as normas contidas nas Leis da Ação Civil Pública e de Defesa do Consumidor, tratou o legislador de incluir no art. 21, do segundo estatuto, norma semelhante à assentada no art. 90, da Lei n. 8.078/90, porém em direção inversa, estabelecendo que as disposições desta são aplicáveis às ações civis públicas, naquilo em que não for contrário.

O legislador teria andado melhor, talvez, se houvesse revogado expressamente o art. 2º, da Lei da Ação Civil Pública, não se omitindo, na nova disposição, menção quanto à inderrogabilidade da competência, marca da previsão mais antiga. Mas, não o fazendo, cabe ao aplicador do direito decidir sobre a subsistência ou não do mencionado comando. Por força das duas regras ampliativas aludidas, não se pode dizer que haja diferenciação sob o prisma do âmbito de incidência. O único argumento que seria invocável – o fato do art. 93, da Lei de Defesa do Consumidor, estar disposto no Capítulo II – Das ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos – é por demasiado fraco, na medida em que não haveria sentido em se estabelecer normas específicas apenas para esta espécie de interesse coletivo, deixando de lado as duas outras categorias. Nesse sentido, a doutrina é uníssona, valendo destacar, por todos, as palavras de Ada Pellegrini Grinover:

“Embora inserido no capítulo atinente às ‘ações coletivas em defesa de interesses individuais homogêneos’, o art. 93 do CDC rege todo e qualquer processo coletivo, estendendo-se às ações em defesa de interesses difusos e coletivos. Não há como

não utilizar, aqui, o método integrativo, destinado ao preenchimento da lacuna da lei, tanto pela *interpretação extensiva* (extensiva do significado da norma) como pela *analogia* (extensiva da intenção do legislador).

Ubi eadem ratio, ibi eadem juris dispositio. É a necessária coerência interna do sistema jurídico que exige a formulação de regras idênticas em que se verifica a identidade de razão. Se o art. 93 do CDC fosse aplicável apenas aos interesses individuais homogêneos, o resultado seria a regra da competência territorial de âmbito nacional ou regional só para as ações em defesa dos aludidos direitos, enquanto nos processos coletivos para a tutela de interesses difusos e coletivos a competência nacional ou regional ficaria fora do alcance da lei. O absurdo do resultado dessa posição é evidente, levando a seu repúdio pela razão e pelo bom senso, para o resguardo do ordenamento”.⁴³⁷

Mas, como não houve revogação expressa e as contradições não se presumem, cabe ao hermeneuta a tarefa de tentar harmonizar os dois dispositivos legais. O antigo, como já mencionado diversas vezes neste trabalho, pretendeu acima de tudo fixar que a competência territorial, na espécie, seria inderrogável, fugindo assim à regra geral inscrita no art. 114 do Código de Processo Civil. Fincou, ainda, que o foro local onde ocorreu o dano seria o competente. Na regulamentação do art. 93 da Lei n. 8.078/90, não se faz menção expressa à

⁴³⁷ *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 775-776.

incompetência absoluta, mantendo-se a indicação do foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local, com fulcro no inciso I. Todavia, se de âmbito nacional ou regional, a competência será do foro da Capital do Estado ou no do Distrito Federal. A conciliação seria assim possível, a partir da manutenção do caráter absoluto da incompetência, previsto na norma antiga, alterando-se tão-somente a fixação da regra pertinente às causas decorrentes de danos de âmbito nacional ou regional, que estariam entregues ao foro da capital ou do Distrito Federal.

A legislação infraconstitucional não pode, naturalmente em razão da sua situação hierárquica, alterar as normas previstas na Magna Carta. As ações coletivas não se encontram, segundo a Constituição, na esfera da competência do Supremo Tribunal Federal ou dos tribunais superiores. Da mesma forma, por força das normas hierarquicamente inferiores, não se enquadram dentro da competência da Justiça Militar ou Eleitoral. Todavia, o mesmo não há que se dizer em relação à Justiça do Trabalho. Embora o art. 93 tenha ressaltado expressamente apenas a Justiça Federal, exclusão esta por sinal incompreendida até recentemente, a competência da Justiça laboral não poderá ser também afastada, quando o litígio versar sobre matéria trabalhista, diante da reserva assegurada no art. 114 da Constituição da República. Sem razão, portanto, as vozes da doutrina⁴³⁸ e do Superior Tribunal de Justiça⁴³⁹ que

⁴³⁸ Ada Pellegrini Grinover, *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 777, argumentou que: “Num primeiro sentido, o art. 2º, LACP (...) deve ser interpretado como regra sobre a denominada *competência de jurisdição*, a indicar aplicação do art. 109 § 3º, CF, o qual permite à lei que ‘outras causas’ sejam processadas e julgadas pela justiça estadual, sempre que a comarca não seja sede de vara do juízo federal.

interpretaram a utilização da expressão “justiça local” como sinônimo de justiça estadual, ainda que, em relação à Justiça Federal, por força da previsão de delegação fulcrada no art. 109, § 3º,⁴⁴⁰ da Constituição da República:

“A hermenêutica seguida pelo STJ, embora possua caráter eminentemente prático, é delicada, pois pinça, na legislação ordinária, situações em que julga oportuna a incidência da regra de delegação, sem que haja, para tanto, qualquer menção expressa nesse sentido. Na medida em que a norma é excepcionalíssima, porque permite que um órgão da Justiça Estadual exerça a competência da Justiça Federal, deve decorrer de manifesta intenção do legislador ordinário, pois, do contrário, aplicar-se-ão as regras gerais, exercendo cada julgador a sua função inerente. No caso da ação civil pública, *a fortiori*, o entendimento esposado no enunciado nº 183 da súmula do STJ

É essa posição assumida pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que entendeu competir à justiça estadual, em primeiro grau, processar e julgar ação civil pública visando à proteção do patrimônio e meio ambiente, mesmo no caso de comprovado interesse da União no seu deslinde. Assim decidindo, o tribunal reconheceu a compatibilidade do art. 2º, LACP com o art. 109, §§ 2º e 3º, CF.

Evidentemente, nessa linha de raciocínio também o *caput* do art. 93, CDC, há de ter a mesma interpretação: em primeiro grau, a competência objetiva em razão da matéria, mesmo havendo interesse da União, é da justiça estadual, nas comarcas que não forem sede de vara do juízo federal, cabendo recurso para o TRF na área de jurisdição do juiz de primeiro grau (§§ 3º e 4º do art. 109, CF).⁴³⁹

⁴³⁹ “Compete ao Juiz Estadual nas comarcas que não sejam sede de vara da Justiça Federal, processar e julgar ação civil pública, ainda que a União figure no processo” (Enunciado n. 183, da súmula do Superior Tribunal de Justiça).

⁴⁴⁰ Vide João Gualberto Garcez Ramos e Rui Riquelme de Macedo, *Ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente pela Petrobrás*.

afronta o texto legal, porque, ao estabelecer o foro do local do dano, passou a contar com ressalva específica em relação à Justiça Federal, nos termos do art. 93⁴⁴¹, da Lei nº 8.078/90 combinado com o art. 21⁴⁴², da Lei nº 7.347/85”.⁴⁴³

Enfrentando a questão, em sede recurso extraordinário, assentou o Supremo Tribunal a inafastabilidade das regras constitucionais sobre competência em relação às ações coletivas, proferindo acórdão com a seguinte ementa:

“Ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal. Competência da Justiça Federal. Art. 109, I e § 3º, da Constituição. Art. 2º da Lei n. 7.347/85.

O dispositivo contido na parte final do § 3º do art. 109 da Constituição é dirigido ao legislador ordinário, autorizando-o a atribuir competência (*rectius* jurisdição) ao Juízo Estadual do foro do domicílio da outra parte ou do lugar do ato ou fato que deu origem à demanda, desde que não seja sede de Varas da

⁴⁴¹ Lei nº 8.078/90, art. 93: "Ressalvada a competência da justiça federal, é competente para a causa a justiça local: (...)".

⁴⁴² Lei nº 7.347/85, art. 21: "Aplicam-se à defesa dos direito e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Tít. III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor".

⁴⁴³ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, *Competência cível da Justiça Federal*, p. 128. Defendendo essa opinião: José Antonio Lisbôa Neiva, *A competência na ação civil pública e na ação popular*, p. 317-318, e Wilney Magno de A. Silva, *Ação Civil Pública e Controle Jurisdicional dos Atos Administrativos*, p. 148, nota 341.

Justiça Federal, para causas específicas dentre as previstas no inciso I do referido artigo 109.

No caso em tela, a permissão não foi utilizada pelo legislador que, ao revés, se limitou, no art. 2º da Lei nº 7.347/85, a estabelecer que as ações nele previstas ‘serão propostas no foro do local onde ocorrer o dano, cujo juízo terá competência funcional para processar e julgar a causa’.

Considerando que o Juiz Federal também tem competência territorial e funcional sobre o local de qualquer dano, impõe-se a conclusão de que o afastamento da jurisdição federal, no caso, somente poderia dar-se por meio de referência expressa à Justiça Estadual, como a que fez o constituinte na primeira parte do mencionado § 3º em relação às causas de natureza previdenciária, o que no caso não ocorreu.

Recurso conhecido e provido”.⁴⁴⁴

Tratando-se de matéria constitucional cabia ao Supremo Tribunal Federal efetuar a interpretação final do tema, razão pela qual, pouco tempo depois, foi seguido pelo Superior Tribunal de Justiça, em julgamento que

⁴⁴⁴ Recurso Extraordinário n. 228.955-9/RS, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJU*, 14-4-2000, p. 56.

culminou com a pacificação do entendimento e o cancelamento, na súmula, do enunciado n. 183.⁴⁴⁵

Restou observar, entretanto, ainda no confronto com as normas da Magna Carta pertinentes, que as duas leis infraconstitucionais não têm poderes para alterar ou afastar a aplicação das regras previstas nos §§ 2º e 3º do art. 109 da Lei Maior⁴⁴⁶:

“A supremacia da Constituição serve, sim, para retirar da ordem jurídica as disposições em contrário, bem como impedir que o legislador ordinário discipline diversamente a questão, salvo se autorizado pela própria Carta, como previsto no art. 109, § 3º (...). Assim sendo, o foro estabelecido na Constituição prevalece sobre qualquer outro indicado no Código de Processo

⁴⁴⁵ Embargos de Declaração no Conflito de Competência n. 27.676, *DJU*, 5-3-2001, Rel. Min. José Delgado: “PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LOCAL DO DANO. JUÍZO FEDERAL. ART. 109, I, E § 3º, DA CF/88. ART. 2º, DA LEI 7.347/85. 1 - O tema em debate, por ser de natureza estritamente constitucional, deve ter a sua interpretação rendida ao posicionamento do Colendo Supremo Tribunal Federal, que entendeu que o dispositivo contido na parte final do art. 3º, do art. 109, da CF/88, é dirigido ao legislador ordinário, autorizando-o a atribuir competência ao Juízo Estadual do foro do domicílio da outra parte ou do lugar do ato ou do fato que deu origem à demanda, desde que não seja sede de Vara da Justiça Federal, para causas específicas dentre as previstas no inciso I, do referido art. 109. No caso dos autos, o Município onde ocorreu o dano não integra apenas o foro estadual da comarca local, mas também o das Varas Federais. 2 - Cancelamento da Súmula nº 183, deste Superior Tribunal de Justiça, que se declara. 3 - Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para o fim de reconhecer o Juízo Federal da 16ª Vara da Seção Judiciária do Estado da Bahia”.

Civil ou na legislação extravagante, inclusive sobre as regras de competência territorial absoluta, quando destoantes. É o que ocorre, por exemplo, para as causas em que a União for a autora (...).

A Constituição da República fixa, no artigo 109, parágrafos 1º e 2º, o foro da União. Quando essa pessoa jurídica de direito público interno estiver no pólo ativo, competente será a seção judiciária onde for domiciliada a outra parte, conforme disposto no § 1º, do art. 109. Trata-se de foro exclusivo, embora sujeito à prorrogação. Embora o dispositivo mencione, tão-somente, a seção judiciária, a ação deve ser proposta perante a subseção⁴⁴⁷ competente, se a parte adversa for domiciliada fora da Capital e houver vara(s) instalada(s) no interior.

O parágrafo 2º, do artigo 109, instituiu, por outro lado, a competência concorrente eletiva para os casos em que a União for ré. O autor poderá escolher entre o foro em que é domiciliado, em que houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou o Distrito Federal. Todos os foros, previstos no § 2º, são igualmente competentes, não havendo que se falar em (in)competência

⁴⁴⁶ Em sentido contrário: Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, p. 138.

⁴⁴⁷ A denominação, como já dito, não está uniformizada, mas, no presente trabalho, será utilizada a expressão 'subseção', cuja designação compreenderá a de circunscrição e as demais espécies de divisão territorial das seções judiciárias da Justiça Federal.

relativa, pois, ao invés de prorrogação, haverá simples escolha pelo autor.

(...)

O Superior Tribunal pretendeu, apenas, ao que parece, consagrar o enquadramento da previsão contida no art. 2º, da Lei da Ação Civil Pública, no permissivo da parte final do art. 109, § 3º, da Constituição. A menção à União parece ser exemplificativa da competência, *ratione personae*, da Justiça Federal. No que tange ao parágrafo 2º, do art. 109, da Carta, o confronto não haverá, necessariamente, porque um dos foros concorrentes é exatamente o da situação da coisa, subentendido, como tal, o do local do dano. Todavia, o art. 109, § 1º, prevê unicamente o foro do domicílio do réu, como competente, regra geral inserta no Código de Processo Civil. O legislador constituinte entendeu por bem preservar, em patamar mais elevado, o local, em tese, mais favorável ao réu, para se defender diante do Poder Público Central, representado pela União. Com isso, visou impedir a possibilidade de alteração, mediante legislação ordinária, do foro comum, até então vigente no CPC, ou a redução da sua incidência, com o estabelecimento eventual de normas especiais. A norma em questão, assim como várias outras inseridas na Constituição de 1988, não é materialmente constitucional, na medida em que envolve uma regra de competência territorial, importante, mas não essencial, para o exercício da cidadania. Entretanto, o caráter formal, por si só,

diante da falta de distinção, é suficiente para assegurar a prevalência da norma constitucional”.⁴⁴⁸

A Carta Constitucional instituiu regra específica apenas para a União, ficando as demais causas sob a competência da Justiça Federal, em razão da qualidade das partes, da matéria ou da função, sujeitas às regras dos artigos 2º e 93 das Leis n. 7.347/85 e n. 8.078/90, respectivamente.

Por fim, o art. 93, inciso II, fixou o foro da capital do Estado ou do Distrito Federal, para os danos de âmbito nacional ou regional. Parte da doutrina enxergou no dispositivo a incidência de duas regras estanques de competência, sendo uma delas exclusiva, interpretando que (a) se o dano fosse regional o processo tramitaria perante o foro da capital do Estado ou do Distrito Federal. Mas, (b) se nacional, a competência seria tão-somente dos órgãos judiciais situados no Distrito Federal. Chegou-se a afirmar que a interpretação facilitaria o acesso à justiça⁴⁴⁹, o que parece, com a devida vênia em relação à autoridade dos que defenderam a posição, um total contra-senso. A designação de um único foro, num país com oito milhões e quinhentos mil quilômetros quadrados e contingente populacional de cerca de 170 milhões de habitantes, representaria, sim, barreira intransponível, desestímulo ou medida encarecedora, para que a

⁴⁴⁸ Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, *Competência cível da Justiça Federal*, p. 109-110 e 112.

⁴⁴⁹ O entendimento foi esposado infelizmente por Ada Pellegrini Grinover, um dos baluartes das ações coletivas no Brasil: “Sendo o dano de âmbito nacional, entendemos que a competência deveria ser sempre do Distrito Federal: isso para facilitar o acesso à justiça e o próprio exercício do direito de defesa por parte do réu, não tendo sentido que seja ele obrigado a litigar na capital de um Estado, longínquo talvez de sua sede, pela mera opção do autor coletivo”, *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 779. No mesmo sentido: Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, p. 138.

maioria das entidades espalhadas pelo Brasil afora pudesse ajuizar a respectiva ação.

A razão de fundo dos que sustentam a fixação do foro do Distrito Federal como único apto para as ações nacionais é, no entanto, a preocupação com a efetivação do tratamento molecular para as causas versando sobre direitos individuais homogêneos, que acabam sendo objeto de várias ações “coletivas” e individuais propostas em todo o país. Estar-se-ia, no entanto, tratando a questão por via transversa, a exemplo de como se procedeu com a edição do art. 2º-A, da Lei n. 9.494/97. O problema e a solução não passam pelo problema da competência, até porque a exclusividade de foro não eliminaria o risco da pluralidade de processos instaurados perante as varas situadas no Distrito Federal. Na prática, o resultado poderia ser o inverso: atomização das questões, com a formulação de pedidos limitados ao âmbito local ou regional.

Se não bastassem os argumentos acima, resta ainda um motivo simples, porém contundente, para afastar a idéia do foro exclusivo do Distrito Federal para as causas nacionais: a redação do art. 93, II, não autoriza a interpretação que se pretende fazer. Primeiro, em razão da utilização do conectivo “ou”, alusivo claro da competência concorrente. Segundo, porque são enunciados, pela ordem, os foros da capital do Estado e do Distrito Federal, não guardando, assim, sequer disposição seqüencial lógica compatível com a indicação dos danos, na medida em que o de âmbito nacional antecede o regional. Se houvesse correspondência, de modo a distinguir a competência para o caso de dano nacional, o texto legal estaria a sugerir exatamente o oposto: foro da capital do Estado, quando o dano fosse nacional; e foro do Distrito Federal, quando o prejuízo fosse regional, configurando completo absurdo, como se pode perceber da simples leitura do enunciado legal. Por tudo isso, cabe saudar o

entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, em acórdão da lavra do Ministro Carlos Aberto Menezes Direito⁴⁵⁰:

“Conflito de competência. Ação Civil Pública. Código de Defesa do Consumidor. 1. Interpretando o artigo 93, inciso II, do Código de Defesa do Consumidor, já se manifestou esta Corte no sentido de que não há exclusividade do foro do Distrito Federal para o julgamento de ação civil pública de âmbito nacional. Isto porque o referido artigo ao se referir à Capital do Estado e ao Distrito Federal invoca competências territoriais concorrentes, devendo ser analisada a questão estando a Capital do Estado e o Distrito Federal em planos iguais, sem conotação específica para o Distrito Federal. 2. Conflito conhecido para declarar a competência do Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo para prosseguir no julgamento do feito”.

⁴⁵⁰ Conflito de Competência n. 17.533, Segunda Seção, *DJU*, 30-10-2000, p. 120.

Capítulo 18 – Legitimação para agir nas ações coletivas

18.1. *Legitimatio ad causam*

O exercício do direito de ação encontra-se limitado por três condições: o interesse, a legitimação para agir e a possibilidade jurídica do pedido. A *legitimatio ad causam* não se confunde com a capacidade para ser parte, com a capacidade processual e com a capacidade postulatória, figuras estas pertinentes aos pressupostos processuais⁴⁵¹. Assim sendo, a aferição da legitimidade pressupõe a prévia constatação da chamada tríplice capacidade, ou seja, que a parte se encontre, na qualidade de autora, ré ou interveniente e de pessoa natural, jurídica ou judiciária, no exercício dos seus direitos ou devidamente representada ou assistida, bem como munida de advogado ou possua o *ius postulandi*.

A situação legitimante deve ser apreciada em relação ao autor e ao réu, denominando-se a legitimação, respectivamente, como ativa e passiva, de

⁴⁵¹ Nesse sentido, a lição de Leo Rosenberg, Karl Heinz Schwab e Peter Gottwald, *Zivilprozessrecht*, p. 234: “Die Parteifähigkeit lehrt uns, ob eine Person oder Organisation Partei sein kann, die Prozeßfähigkeit, ob sie den Prozeß selbständig führen kann. Die Prozeßführungsbefugnis aber sagt uns, ob jemand als Partei zur Prozeßführung befugt ist”.

acordo com o pólo da relação processual. José Carlos Barbosa Moreira⁴⁵² leciona que para “todo e qualquer processo, considerado em relação à lide que por meio dele se busca compor, cria a lei, explícita ou implicitamente, um esquema subjetivo abstrato, um modelo ideal que deve ser observado na formação do contraditório. Esse esquema é definido pela indicação de determinadas situações jurídicas subjetivas, às quais se costuma chamar *situações legitimantes*”.

A legitimação pertence, em regra, ao alegado titular da relação jurídica litigiosa. A congruência entre a titularidade do direito material e de agir encontra a sua *ratio*, segundo Andrea Proto Pisani⁴⁵³, “*nel carattere normalmente disponibile dei diritti oggetto del processo civile, o se si vuole dei diritti soggettivi tout court*”. Nesse sentido, ensina José Eduardo Carneiro Alvim que, por “*legitimidade das partes (legitimatio ad causam)*”, entende-se a ‘pertinência subjetiva da lide’, ou seja, que o autor seja aquele a quem a lei assegura o direito de invocar a tutela jurisdicional e o réu, aquele contra o qual pode o autor pretender algo. Assim, ao filho faltaria legitimação para cobrar judicialmente uma dívida do pai; ao marido, para executar um crédito de sua esposa”.⁴⁵⁴

Mas, por vezes, como leciona José Carlos Barbosa Moreira⁴⁵⁵, “em atenção a motivos especiais de conveniência, confere a lei eficácia legitimante à situação subjetiva *diversa* da que se submete, como objeto do juízo, à apreciação do órgão judicial. Esses casos, que são excepcionais, fundam-se quase sempre na

⁴⁵² Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária, p. 58.

⁴⁵³ Lezioni di diritto processuale civile, p. 311.

⁴⁵⁴ Elementos de teoria geral do processo, p. 123.

⁴⁵⁵ Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária, p. 58.

existência de um vínculo entre as duas situações, considerado suficientemente intenso, pelo legislador, para justificar o fato de autorizar-se alguém, que nem sequer se afirma titular da *res iudicium deducta*, a exigir do juiz um pronunciamento sobre direito ou estado alheio”.

Havendo coincidência entre a situação legitimante e a causa posta em juízo estar-se-á diante de legitimação *ordinária*. Do contrário, quando a lei autoriza que alguém demande ou venha a ser demandado, em nome próprio, para defender direito que, supostamente, em parte ou no todo, não lhe pertence, a legitimação será *extraordinária*.

A legitimação extraordinária comporta algumas classificações, que podem ser resumidas em apertada síntese. A atuação do legitimado pode estar subordinada ou não à presença do legitimado ordinário no processo, classificando-se, assim, a legitimação como *subordinada* ou *autônoma*.

A legitimação autônoma, por sua vez, permite subdivisões. Quando a lei reserva, com exclusividade, ao legitimado extraordinário a atuação em juízo, privando, desse modo, aquele que normalmente seria o legitimado ordinário da possibilidade de figurar no processo como parte principal, restando-lhe apenas a condição de parte acessória, denomina-se a legitimação extraordinária autônoma de *exclusiva*. Se estiverem, contudo, tanto o titular do direito substantivo como o legitimado extraordinário, autorizados a defender o interesse em juízo, sem que haja rebaixamento no nível do legitimado ordinário, a legitimação será *concorrente*.

Ressalte-se, no entanto, que a doutrina⁴⁵⁶ tem denominado, por vezes, a legitimação de concorrente quando há duas ou mais pessoas compartilhando da condição de legitimado extraordinário⁴⁵⁷. Para a hipótese dos extraordinariamente legitimados estarem simultaneamente autorizados à propositura da ação, denomina-se, com mais propriedade, como *disjuntiva*. A legitimidade de um não exclui a de outro, desse modo, “a do outro, admitindo-se inclusive o litisconsórcio”.⁴⁵⁸

O legitimado autônomo estará apto normalmente a ajuizar desde logo ação, sem ter que aguardar o decurso *in albis* de determinado prazo. A legitimação pode, em outro sentido, não estar subordinada à presença do legitimado ordinário no processo, caracterizando-se, portanto, como autônoma, mas estar condicionada à falta de iniciativa por parte do outro legitimado, a exemplo do que ocorre, no Direito Processual Penal, com a ação penal privada subsidiária. As duas espécies de legitimação recebem, no Processo Civil, a denominação de *primária* e *subsidiária*.

⁴⁵⁶ Nesse sentido, Arruda Alvim *et alii*, *Código do consumidor comentado*, p. 382: “A legitimação concorrente significa que qualquer um dos legitimados ‘ex lege’ pode agir processualmente, independentemente da atividade simultânea de outro legitimado, ou seja, inexistente necessidade de atividade paralela de qualquer um dos outros legitimados. Concorrente significa que a atividade de qualquer um desses legitimados, se dirige ou tende para a uma mesma e comum finalidade, e que, por isso mesmo, pode autonomamente ser desempenhada por qualquer um dos legitimados”.

⁴⁵⁷ No sistema brasileiro, a legitimação concorrente, em termos de ação coletiva, estaria presente na ação popular em defesa do interesse público, na medida em que a atuação do cidadão não exclui a possibilidade de instauração do processo pelo próprio ente público lesado. Vide José Carlos Barbosa Moreira, *A legitimação para a defesa dos ‘interesses difusos’ no direito brasileiro*, p. 185. Da mesma forma, também, em relação aos direitos individuais homogêneos, com fulcro no art. 103, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor.

⁴⁵⁸ Pedro da Silva Dinamarco, *Ação civil pública*, p. 206.

A expressão “substituição processual” tem sido utilizada, com frequência, na doutrina e na vida forense, como sinônimo para a legitimação extraordinária. A equiparação sofreu, no entanto, a ressalva precisa e pertinente de José Carlos Barbosa Moreira: “No rigor da lógica, a denominação parece unicamente adequada aos casos de legitimação extraordinária autônoma *exclusiva*: só nesses, com efeito, é que a lei na verdade *substitui* o legitimado ordinário pelo legitimado extraordinário, se por *substituir* se entende *retirar* coisa ou pessoa de determinado lugar para aí colocar outra. Fora deles, pode até acontecer que, no mesmo processo, figurem simultaneamente, em posições *equivalentes*, o legitimado ordinário e o extraordinário: pense-se, v. g., na possibilidade de ser proposta a ação de responsabilidade civil contra os diretores, após o decurso do prazo fixado no art. 123 do Dec.-lei n. 2.627, *pela sociedade e por um ou mais sócios, em conjunto* – hipótese perfeitamente concebível, a supor-se, como parece razoável, que a aquisição, por estes, da qualidade para agir deixa subsistir íntegra, naquela, a mesma qualidade. Há óbvio paradoxo em considerar, aí, *substituída* a sociedade pelo sócio ou pelos sócios co-participantes. A tradição, porém, abona o uso amplo da expressão”.⁴⁵⁹

Nas ações coletivas, o problema assume relevância normalmente no que toca à parte ativa da demanda, na medida em que o processo quase sempre é instaurado com o intuito de perseguir os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

⁴⁵⁹ *Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária*, p. 61-62.

18.2. A natureza da legitimação nas ações coletivas

A doutrina não é uníssona, entretanto, em relação à classificação da legitimação pertinente à tutela coletiva. Dentro desse contexto, basicamente três posições podem ser descortinadas: a) legitimação ordinária; b) legitimação autônoma; e c) legitimação extraordinária.

Paulo Cezar Pinheiro Carneiro⁴⁶⁰, comentando a atuação do Ministério Público na ação civil pública, leciona que não “se trata de substituição processual, pois a atuação do MP se dá nessa hipótese, em nome próprio, defendendo interesse público, *lato sensu*, do qual é titular como órgão do Estado, da própria sociedade como um todo. Pouco importa que existam, eventual e reflexamente, interesses patrimoniais de pessoas ou grupos, vez que a intervenção do MP não tem por finalidade a defesa desses eventuais direitos patrimoniais, mas antes sua atuação se dá porque o legislador, naquele momento, entendeu que aqueles direitos interessariam diretamente à própria sociedade, politicamente organizada, como verdadeiros direitos sociais”.

A segunda posição, fugindo da classificação clássica em torno da questão, afirma a existência de uma legitimação autônoma para a condução do processo, no caso das ações coletivas para a defesa dos interesses difusos e coletivos. Os principais propagadores do entendimento, Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, afirmam que a “dicotomia clássica legitimação

⁴⁶⁰ O Ministério Público no processo civil e penal, p. 23-24.

ordinária-extraordinária só tem cabimento para a explicação de fenômenos envolvendo direito individual. Quando a lei legitima alguma entidade a defender o direito não individual (coletivo ou difuso), o legitimado não estará defendendo direito alheio em nome próprio, porque não se pode indentificar o titular do direito. Não poderia ser admitida ação judicial proposta pelos ‘prejudicados pela poluição’, pelos ‘consumidores de energia elétrica’, enquanto classe ou grupos 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 Prozeßführungsbefugnis)*: a lei elegeu alguém para a defesa de direitos porque seus titulares não podem individualmente fazê-lo”.

O terceiro entendimento defende tratar-se de hipótese de legitimação extraordinária. José dos Santos Carvalho Filho⁴⁶¹ assevera que o “Ministério Público, segundo o contexto constitucional, tem, como uma de suas funções primordiais, a de defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, CF). Desse modo, quando ajuíza ação civil pública atua em nome próprio na defesa de interesses de terceiros. Age em nome próprio pela específica legitimação que a ordem jurídica lhe conferiu, mas os interesses cuja proteção persegue por meio da ação pertencem a terceiros, sejam estes determinados, determináveis ou indetermináveis, mas sempre de terceiros. É a estes que cabe a titularidade dos interesses sob tutela. Por essa razão, a legitimação do Ministério Público na ação civil pública é *extraordinária*”. Esse entendimento é o que vem prevalecendo na jurisprudência, como se pode

⁴⁶¹ *Ação civil pública: comentários por artigo*, p. 78.

observar nos seguintes julgados do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. ART. 129, III, DA CF.

Legitimação extraordinária conferida ao órgão pelo dispositivo constitucional em referência, hipótese em que age como substituto processual de toda a coletividade e, conseqüentemente, na defesa de autêntico interesse difuso, habilitação que, de resto, não impede a iniciativa do próprio ente público na defesa de seu patrimônio, caso em que o Ministério Público intervirá como fiscal da lei, sob pena de nulidade da ação (art. 17, § 4º, da Lei nº 8.429/92)”.⁴⁶²

“Mandado de segurança coletivo. Associação civil.

A CF, 5º, LXX, *b*, ao atribuir às associações o poder de impetrar MS coletivo em defesa de interesses dos seus membros, criou caso de legitimação extraordinária que se enquadra no instituto da substituição processual, porquanto age (a associação)

⁴⁶² Recurso Extraordinário n. 208.790-SP, Relator Ministro Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, *DJU* 15.12.2000.

em nome próprio por direito de terceiros, estando legitimada a postular em juízo o direito de que não é titular, por determinação da Carta Política. A entidade associativa que impetra segurança coletiva não se coloca, no processo, como mandatária dos respectivos associados, razão por que se torna desnecessária a prévia autorização de seus membros.”⁴⁶³

A primeira posição pode ser em parte aceita diante da admissibilidade do indivíduo, na qualidade de integrante da classe atingida, como legitimado para a propositura da ação coletiva. Dessa forma, estaria ele também defendendo um interesse próprio, embora comum ou coligado com o de outras pessoas integrantes de uma coletividade, grupo, classe ou categoria. Poderia, assim, ser considerada como uma *legitimação composta*, na qual estariam presentes o interesse próprio conjugado com o alheio. No âmbito dos legitimados previstos no art. 5º, da Lei da Ação Civil Pública, e no art. 82 do Código de Defesa do Consumidor, no entanto, não se pode dizer que os legitimados, entes políticos, Ministério Público, órgãos estatais e associações, estejam defendendo direitos que lhe são próprios. O interesse é ideológico, no sentido da pessoa, jurídica ou formal, estar exercendo um papel de verdadeiro paladino do meio ambiente, dos consumidores, do patrimônio histórico etc, cuja atribuição foi conferida pela lei e, no caso das associações, também pelos respectivos estatutos.

⁴⁶³ RT 729/134.

18.3. Os sistemas de legitimação para as ações coletivas e os órgãos e pessoas legitimadas no direito brasileiro

A história da tutela coletiva no mundo, como pôde ser constatado na segunda parte deste trabalho, vem apontando para a existência de vários modelos e combinações possíveis, diante dos aspectos que cercam o processo coletivo (competência, legitimação, coisa julgada etc). No entanto, em termos de legitimação, as soluções cogitadas podem ser agrupadas, conforme a natureza da pessoa autorizada, em três espécies de legitimados: indivíduos, órgãos públicos e associações. A aceitação de mais de um tipo de legitimado é bastante comum.

No Brasil, constata-se inicialmente a assunção do padrão individual, com a autorização dada ao cidadão para o ajuizamento da ação popular. O objeto de proteção da ação popular, embora tenha sido alargado para abranger a anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, deixa ao largo os demais interesses, notadamente os direitos do consumidor, dos funcionários públicos, dos trabalhadores, dos aposentados, dos contribuintes e das vítimas de atos ilícitos.

O regime central adotado, por conseguinte, em termos de legitimação para as ações coletivas, encontra-se disposto na Lei da Ação Civil Pública, art. 5º, e no Código de Defesa do Consumidor, art. 82. Os dois estatutos prevêm basicamente os mesmos legitimados: órgãos públicos e associações. Na

Constituição da República, encontram-se os sindicatos também autorizados a agirem coletivamente em juízo.

O Ministério Público ocupa clara posição de destaque, na medida em que a sua participação é obrigatória em todas as ações coletivas, seja na condição de autor seja na de *custos legis*, nos termos dos art. 5º, § 1º, da Lei n. 7.347/85, e art. 92, da Lei n. 8.078/90. Na prática, a atuação do Ministério Público também é predominante, para não dizer absoluta. Estudos realizados nos Estados do Rio de Janeiro e em São Paulo acusaram a iniciativa do *parquet* em cerca de noventa por cento dos processos coletivos⁴⁶⁴.

Encontram-se legitimados, ainda, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, bem como as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos. A propositura de ações coletivas pelos entes ou órgãos públicos previstos nos incisos II e III do art. 82, da Lei n. 8.078/90, é caso raro de acontecer, quase inexistente, na verdade. Há que se ressaltar, em parte, a atuação de órgãos públicos, criados pelos municípios ou estados, com o intuito de dar proteção aos consumidores, denominados geralmente de PROCONs. Mas, ainda assim, a atividade desses órgãos desenvolve-se principalmente na esfera extrajudicial.

As associações também foram legitimadas, com fulcro no art. 5º, inciso XXI, da Constituição da República, art. 5º, da Lei da Ação Civil Pública, e

⁴⁶⁴ Os aspectos relacionados com a legitimação do Ministério Público serão abordados *infra*, no item 18.4.

inciso IV, art. 82, do Código de Defesa do Consumidor. Em regime semelhante, os sindicatos, com base no art. 8º, III, da Magna Carta⁴⁶⁵.

18.5. A legitimação do Ministério Público

O Ministério Público é, com fulcro no art. 127 da Constituição da República, instituição permanente, considerada essencial à função jurisdicional, tendo por incumbência a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. O art. 129, por sua vez, enumera as suas atribuições institucionais, dentre as quais, no inciso III, a de 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, bem como, com fulcro no inciso IX, exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas. As suas funções institucionais encontram-se, assim, gizadas constitucionalmente.

Tendo em vista que o inciso III, do art. 129, da Constituição, menciona expressamente apenas a possibilidade de defesa de outros interesses difusos e coletivos, além do patrimônio público e social e do meio ambiente, colocou-se em discussão a possibilidade do Ministério Público atuar na proteção de interesses e direitos individuais homogêneos. Estava em jogo, afinal, a

⁴⁶⁵ Vide item 18.6.

própria constitucionalidade e alcance do art. 82, do Código de Defesa dos Consumidores, na medida em que dispõe sobre a legitimação do Ministério Público para a defesa dos interesses coletivos, *stricto sensu*, sem afastar desse rol os direitos fincados no inciso III, do art. 81, da Lei n. 8.078/90.

Diante do texto constitucional, parte da jurisprudência entendeu por bem afastar de modo peremptório a atuação do Ministério Público em relação aos interesses ou direitos individuais homogêneos⁴⁶⁶.

Com o tempo, contudo, a doutrina e a jurisprudência evoluíram no sentido de reconhecer a existência de interesses e direitos individuais homogêneos que assumiam, pelas suas proporções, pela relevância do bem jurídico em litígio, pela condição das pessoas afetadas ou outro fator, uma dimensão social. A interpretação afastava, por um lado, a aceitação irrestrita de legitimação ao Ministério Público diante de qualquer interesse ou direito individual disponível, mas, por outro, admitia a inovação trazida pelo Código de Defesa do Consumidor, dentro da abertura oferecida no inciso IX, do art. 129, da

⁴⁶⁶ Nesse sentido, por exemplo, decidiu a 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, em julgamento proferido em 23.05.1995: “Ação Civil Publica. Ilegitimidade ativa do Ministério Público. Direitos individuais homogêneos. 1. A ação civil publica, pela sua própria natureza, não se presta a proteger direitos individuais disponíveis. 2. Direitos individuais afetados a determinados estamentos sociais não estão elencados como alcançados pelos efeitos da ação civil publica. 3. A homenagem que o Ministério Público sempre presta a Carta Magna não lhe autoriza a exceder as suas atribuições no tocante ao seu direito de provocar, como sujeito ativo ou substituto processual, a atividade jurisdicional. 4. É parte ilegítima o Ministério Público para a propositura de ação civil publica quando não se visa proteger interesses difusos ou coletivos. Com estes não devem ser confundidos os que, tipicamente, possuem características individuais de um grupo de determinado setor social. 4. apelação improvida. Sentença mantida”, Apelação cível n. 05076860-5.

Constituição da República, compatibilizando-a nos termos do *caput* do art. 127, ou seja, como interesses sociais. Nessa direção, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito que:

“RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DANOS CAUSADOS AOS TRABALHADORES NAS MINAS DE MORRO VELHO. INTERESSE SOCIAL RELEVANTE. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.

1. O Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, desde que esteja configurado interesse social relevante.

2. A situação dos trabalhadores submetidos a condições insalubres, acarretando danos à saúde, configura direito individual homogêneo revestido de interesse social relevante a justificar o ajuizamento da ação civil pública pelo Ministério Público.

3. Recurso especial conhecido e provido”.⁴⁶⁷

O Supremo Tribunal Federal, embora tenha se equivocado em alguns acórdãos⁴⁶⁸ quanto à classificação do interesse, chancelou, aparentemente,

⁴⁶⁷ Recurso Especial n. 58682, julgado em 08.10.1996, RDA 207/283.

a distinção baseada na relevância social. Desse modo, vem admitindo a legitimação do Ministério Público para a proteção de direitos de relevância social, como a educação, permitindo-lhe assim o ajuizamento de ações coletivas voltadas para o controle do reajuste de mensalidades. É o que se pode extrair, v. g., da ementa do *leading case* julgado pela Corte Constitucional, em 1997:

“5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal.

5.1. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade *ad causam*, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal”.⁴⁶⁹

⁴⁶⁸ Vide capítulo sobre interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

⁴⁶⁹ RE 163.231-SP, 2ª Turma, Rel. Ministro Maurício Corrêa, Boletim do STF n. 3.

O Superior Tribunal de Justiça, consignando expressamente a tese do interesse social e a qualificação de interesses individuais homogêneos, aplicou o raciocínio também em relação aos reajustes das prestações dos planos de saúde, como se pode ver em julgado proferido no ano de 1999 e relatado pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar:

“Plano de saúde. Legitimidade do MP. O MP tem legitimidade para promover ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos quando existente interesse social compatível com a finalidade da instituição. Reajuste de prestações de Plano de Saúde (UNIMED). CDC 82 I. Precedentes”.⁴⁷⁰

Por outro lado, não excluindo a possibilidade de tutela coletiva, mas, tão-somente, a legitimidade do Ministério Público, decidiu o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal pelo descabimento da persecução em causas de natureza tributária:

“MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE RIO NOVO-MG. EXIGIBILIDADE IMPUGNADA POR MEIO DE AÇÃO PÚBLICA, SOB ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ACÓRDÃO QUE CONCLUIU

⁴⁷⁰ 4ª Turma, Recurso Especial n. 177.965-PR, *DJU*, 23.8.1999.

PELO SEU NÃO-CABIMENTO, SOB INVOCAÇÃO DOS ARTS. 102, I, a, E 125, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO.

Ausência de legitimação do Ministério Público para ações da espécie, por não configurada, no caso, a hipótese de interesses difusos, como tais considerados os pertencentes concomitantemente a todos e a cada um dos membros das sociedade, como um bem não individualizável ou divisível, mas, ao revés, interesses de grupo ou classe de pessoas, sujeitos passivos de uma exigência tributária cuja impugnação, por isso, só pode ser promovida por eles próprios, de forma individual ou coletiva.

Recurso não conhecido”.⁴⁷¹

Por fim, cabe assinalar que as objeções feitas por Mauro Cappelletti em relação à perspectiva de atuação do Ministério Público nas ações coletivas⁴⁷², ao menos quanto ao Brasil, não se confirmaram, diante do desenvolvimento e atuação prática da instituição. O dia-a-dia vem revelando a atuação corajosa e aguerrida dos membros do Ministério Público, bem como a predominância do seu papel diante dos processos coletivos em tramitação no Brasil.

Não se pode, entretanto, deixar de reconhecer nas palavras do eminente processualista italiano a correta preocupação em torno da concentração de poderes e atribuições nos órgãos do Estado, ainda quando providos de

⁴⁷¹ Recurso Extraordinário n. 213.631-0, Relator Ministro Ilmar Galvão, *DJU*, 07.04.2000.

⁴⁷² Vide especialmente, sobre o assunto e os argumentos lançados pelo autor italiano, no capítulo sobre a Itália.

independência funcional. As ações coletivas, como invocado por Vincenzo Vigoriti, representam a ampliação da participação da sociedade no processo e devem, por isso, estabelecer padrões comportamentais condizentes com indivíduos esclarecidos e organizados. Para tanto, o quadro de legitimados deve continuar a ser ampliado, para que se configure uma realidade ainda mais pluralista e aberta à participação e ao acesso à justiça.

18.6. Associações e sindicatos

A legitimação das associações encontra dupla previsão: constitucional e legal. Na primeira, situada no inciso XXI, do art. 5º, dispôs-se que “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”.

O constituinte utilizou-se de duas expressões – *legitimidade e representar* - designativas de institutos jurídicos diversos⁴⁷³, ensejando, assim, principalmente junto ao Supremo Tribunal Federal, certa dificuldade de interpretação.

Observe-se ainda que o termo representação não foi empregado no art. 5º, inciso LXX, da Constituição, quando reconheceu que “o mandado de segurança pode ser impetrado por (a) partido político, com representação no

⁴⁷³ Vide capítulo 1.

Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados”; bem como no art. 8º, inciso III, quando previu que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”. A distinção foi observada e realçada pela Corte Constitucional:

“CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA: DESNECESSIDADE. OBJETO A SER PROTEGIDO PELA SEGURANÇA COLETIVA. C.F., art. 5º, LXX, b. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA LEI EM TESE: NÃO CABIMENTO. Súmula 266-STF.

I. - A legitimação das organizações sindicais, entidades de classe ou associações, para a segurança coletiva, é extraordinária, ocorrendo, em tal caso, substituição processual. CF, art. 5º, LXX.

II. - Não se exige, tratando-se de segurança coletiva, a autorização expressa aludida no inc. XXI do art. 5º, CF, que contempla hipótese de representação.”⁴⁷⁴

Comentando a legitimação das associações, asseverou José Carlos Barbosa Moreira: “O que é particularmente interessante é a possibilidade que se

⁴⁷⁴ Mandado de Segurança n. 22.132-RJ, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJU* 18.11.1996.

abre às entidades associativas de agir em Juízo, em nome próprio, embora na defesa de direitos e de interesses que não lhes pertençam a elas, às próprias entidades, e sim aos seus filiados. Ao dizer isso, estou tomando posição sobre a natureza dessa figura jurídica: a mim parece que não se trata de uma hipótese de representação, ao contrário do que sugere o teor literal do dispositivo, logo adiante, quando usa o verbo ‘representar’. Penso que aqui houve um cochilo técnico; o legislador constituinte não é especialista em Direito Processual, de sorte que não é de espantar que, aqui e acolá, nos defrontemos com alguma imperfeição, com alguma impropriedade desse ponto de vista. Mas o meu pensamento é o de que se trata, na verdade, de legitimação extraordinária, que poderá dar lugar, isto sim, a um fenômeno de substituição processual, e não a um fenômeno de representação; porque, se se tratasse de um fenômeno de representação, quem estaria, na verdade, agindo em Juízo seriam os filiados individualmente considerados, embora por meio de representante, e o fenômeno nada teria de curioso, ou de merecedor de maior atenção”.⁴⁷⁵

Em julgado proferido no dia 15.09.1999, na Ação Originária n. 152-RS, a natureza do instituto previsto no art. 5º, inciso XXI, da Constituição, foi objeto de discussão no Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. O tema veio à tona na medida em que o Relator, Min. Carlos Velloso, fiel ao entendimento anteriormente esposado, nos termos da ementa supramencionada, pugnava pela exigibilidade de autorização expressa dos filiados, ao argumento de se tratar de representação. Tendo em vista que havia, nos autos, procurações e autorizações concedidas apenas por parte da classe, defendeu o relator que o julgado atingisse tão-somente aos que deram permissão expressa, voto que

⁴⁷⁵ *Ações coletivas na Constituição Federal de 1988*, p. 190.

acabou sendo vencido quanto a este aspecto. Os ministros do Excelso Tribunal seguiram, na ocasião, as reflexões do Ministro Sepúlveda Pertence que, citando os argumentos de Barbosa Moreira, acima expendidos, asseverou:

“Nem desconheço que, levada às últimas conseqüências a menção do dispositivo questionado à *representação* e entendida esta conforme a noção corrente do Direito Privado ordinário e pré-constitucional, seria difícil fugir à conclusão restritiva ora prestigiada pelo em. Ministro Presidente.

Estou, porém, *data venia*, em que a conclusão padece de um pecado mortal: o de reduzir a nada o alcance da norma constitucional inovadora, sem a qual – se se reclama para legitimar a associação a autorização individual de cada filiado – as coisas continuariam tal e qual.

De fato, antes da Constituição, a ninguém jamais ocorreu contestar, à luz da disciplina ordinária do mandato, que à pessoa jurídica pudessem ser outorgados poderes de representação de terceiros no processo, que contêm em si o de outorgar mandato *ad judicia* a profissional habilitado.

Ora, o que se pretende reclamar (e o que está contido nas centenas de autorizações reunidas no apenso) – são verdadeiras procurações, instrumentos de mandato, cuja validade e eficácia, por conseguinte, independeriam da regra constitucional permissiva, que seria, pois, de rotunda ociosidade: por isso,

assinalou Barbosa Moreira, na conferência referida (RePro 61/190)”.

“Essa ociosidade, no entanto, não é de presumir em preceito de inspiração inovadora, até pelos antecedentes históricos da sua gestação, que parte da resistência jurisprudencial a todo ensaio de legitimação processual das formações sociais intermediárias, cuja necessidade já se sentia.

A cada dia mais me convenço de que o misoneísmo na hermenêutica constitucional – na qual, como notou Barbosa Moreira, RF 304/151.152) – ‘o olhar do intérprete dirige-se antes ao passado que ao presente’ – é um dos maiores obstáculos à efetividade da Constituição”.⁴⁷⁶

⁴⁷⁶ A íntegra da ementa foi publicada no *DJU*, em 03.03.2000, com a seguinte redação: “CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA: C.F., art. 102, I, n. AÇÃO ORDINÁRIA COLETIVA: LEGITIMAÇÃO: ENTIDADE DE CLASSE: AUTORIZAÇÃO EXPRESSA: C.F., art. 5º, XXI. SERVIDOR PÚBLICO: REMUNERAÇÃO: CORREÇÃO MONETÁRIA. I. - Ação ordinária em que magistrados do Rio Grande do Sul pleiteiam correção monetária sobre diferença de vencimentos paga com atraso. Interesse geral da magistratura gaúcha no desfecho da ação. Competência originária do Supremo Tribunal Federal: C.F., art. 102, I, n. II. - Ação ordinária coletiva promovida por entidade de classe: C.F., art. 5º, XXI: inexistência de autorização expressa dos filiados. Voto vencido do Relator: aplicabilidade da regra inscrita no art. 5º, XXI, da C.F.: necessidade de autorização expressa dos filiados, não bastando cláusula autorizativa constante do Estatuto da entidade de classe. III. - Diferença de vencimentos paga com atraso: cabimento da correção monetária, tendo em vista a natureza alimentar de salários e vencimentos. Precedentes do S.T.F. IV. - Ação conhecida e julgada procedente.”

18.7. A situação do indivíduo diante dos interesses coletivos: inafastabilidade da prestação jurisdicional e legitimação extraordinária

A Constituição da República, de 1988, insculpiu no inciso XXXV, do art. 5º, o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Nelson Nery Junior esclarece que embora “o *destinatário principal* desta norma seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos indistintamente, vale dizer, não pode o legislador e ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir a pretensão”.⁴⁷⁷

Ressalte-se que o dispositivo constitucional acoberta a proteção jurisdicional diante da “lesão ou ameaça a direito”, sem qualquer qualificação restritiva, razão pela qual devem ser considerados sob o manto da inafastabilidade os direitos ou interesses individuais e coletivos.

A Magna Carta chegou mesmo a assegurar, de modo expresse, a tutela coletiva, nos art. 5º, incisos XXI, LXX e LXXIII, 8º, inciso III, e 129, inciso III. Todavia, não o fez no sentido de limitar a defesa coletiva a estas hipóteses. Até porque, o instituto da legitimação extraordinária não representa matéria constitucional em sentido estrito, encontrando-se regulado no Código de

⁴⁷⁷ *Princípios do processo civil na Constituição Federal*, p. 94.

Processo Civil⁴⁷⁸ e na legislação extravagante⁴⁷⁹. Nesse sentido, decidiu a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal que:

“SUBSTITUICAO PROCESSUAL - NATUREZA DA MATERIA. De inicio, a substituição processual não tem contornos constitucionais. Pouco importa, na espécie, que se tenha feito referencia a normas estritamente legais como a regulamentar o inciso III do artigo 8. da Carta da Republica. O preceito nele incluído não veda a possibilidade de o legislador ordinário incluir no cenário jurídico outras hipóteses em que possível demandar em nome próprio na defesa de direito alheio”.⁴⁸⁰

É de se notar que na Constituição encontram-se previstos diversos legitimados para o exercício da tutela coletiva: o Ministério Público, nos termos do art. 129, inciso III; as associações, com base no art. 5º, incisos XXI e LXX; os sindicatos, com fulcro no art. 8º, III; e os cidadãos, conforme disposto no art. 5º, inciso LXXIII. Não se pode dizer, por conseguinte, que o constituinte tenha consignado qualquer vedação a possíveis legitimados, em particular quanto às pessoas e instituições supracitadas.

⁴⁷⁸ Art. 6º.

⁴⁷⁹ Principalmente o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública, além de outras leis especiais, conforme descrição feita no capítulo sobre a evolução das ações coletivas no Brasil, *supra*.

⁴⁸⁰ AGRAG n. 157.797-SP, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU 12.05.1995.

A legislação infraconstitucional, por sua vez, ao contrário de países como os Estados Unidos, Inglaterra, Portugal, Canadá e Austrália, não atribuiu, de modo amplo e equiparado aos demais entes e órgãos, a legitimação ao indivíduo para a propositura de ações coletivas. Qual a situação do indivíduo, em termos de legitimação, diante dos interesses coletivos *lato sensu*?⁴⁸¹

A categoria dos interesses e direitos individuais não oferece maiores dificuldades em relação à questão, tendo em vista a indivisibilidade do objeto e a possibilidade lógica e legal da persecução individual, como expressamente veiculado, por exemplo, no art. 81, *caput*, e art. 103, *in fine*, do Código de Defesa do Consumidor. O princípio da inafastabilidade estará preservado, na medida em que qualquer pessoa poderá buscar a respectiva tutela jurisdicional diante da lesão ou ameaça ao seu hipotético direito.

A situação é completamente diversa em relação aos interesses denominados de “essencialmente coletivos”. Os fatores primordiais da diferenciação, como visto anteriormente, são a indivisibilidade do objeto e a transindividualidade subjetiva. A lesão ou ameaça de lesão, na espécie, não afeta apenas uma única pessoa e a providência judicial, por outro lado, não poderá ser dirigida, igualmente, somente para uma única pessoa ou parte da coletividade, grupo, classe ou categoria.

O caráter “coletivo” reflete, na verdade, esfera de problema que, de maneira mais ou menos ampla, possui dimensão social, repercutindo e mexendo

⁴⁸¹ A indagação que se apresenta, nesta seção, diz respeito principalmente à legitimação. Os aspectos relacionados com a litispendência e a coisa julgada serão analisados no capítulo seguinte.

muitas vezes, entretanto, com direitos individuais também agasalhados singularmente. Questões relacionadas ao meio ambiente podem fornecer exemplos incontroversos da existência de uma faixa cinzenta entre o público e o individual, que deve merecer proteção ampla e não restrita, sob pena de serem maculados valores juridicamente amparados. O art. 225 da Constituição, *v. g.*, prevê que “todos têm o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Não é difícil de se imaginar, *e. g.*, uma determinada atividade ou obra, de responsabilidade do Município, provocando a poluição sonora junto a uma pequena comunidade, desprovida de associação de moradores ou de defesa do meio ambiente, cuja promotoria esteja com o cargo de Promotor vago. Estariam os moradores fadados a suportar o barulho, aguardando a designação de um novo Promotor ou teriam que formar uma associação para serem admitidos em juízo? Da mesma forma, não estaria o morador de bairro residencial legitimado para ajuizar uma ação pleiteando a cessação ou limitação do barulho, em face de determinada instituição religiosa que celebre cultos, os finais de semana, a partir das 6 horas da manhã, impedindo a tranquilidade e o descanso de toda a família? O proprietário de um imóvel situado numa praia até então paradisíaca nada poderia fazer em face de indústria poluidora recém instalada, salvo aguardar a consumação dos prejuízos, para que, depois, fosse a juízo pleitear a indenização em razão dos danos causados?

Os interesses acima ventilados seriam coletivos, mais precisamente difusos. Por conseguinte, a limitação infraconstitucional da legitimação, com fulcro no art. 5º da Lei n. 7.347/85 ou do art. 82 da Lei n. 8.078/90, estaria apta

para excluir os indivíduos ameaçados ou lesados do direito de ação? A resposta parece ser negativa, diante do comando constitucional, inscrito principalmente nos princípios da inafastabilidade da prestação jurisdicional e do devido processo legal.

A ação ajuizada pelo indivíduo, ainda que voltada para a defesa do seu direito à tranquilidade ou à sua saúde, refletirá em toda a coletividade, porque demandará solução uniforme, na medida em que não se pode conceber, por exemplo, em termos concretos, que a limitação ou não do barulho, bem como a manutenção ou não das atividades da indústria, produza efeitos apenas em relação ao autor individual.

A impossibilidade lógica de fracionamento do objeto, em tais hipóteses, enseja inclusive a dificuldade de diferenciação entre tutela coletiva e individual⁴⁸², demandando, dessa forma, solução comum, ainda que a iniciativa tenha sido individual. E, assim sendo, o melhor talvez fosse, não a denegação pura e simples da admissibilidade de ações propostas por cidadão ou cidadãos, até porque ela já existe, em certas hipóteses, em razão do alargamento do objeto

⁴⁸² J. A. Jolowicz, no trabalho *Protection of diffuse, fragmented and collective interests in civil litigation: english law*, p. 223, apontou para a imbricação, com as seguintes palavras e exemplo: “*the distinction is not an easy one to draw: it depends ultimately on the motives with which the proceedings are begun, and litigation which conforms in all respects to the traditional bipolar pattern may be used with the ulterior or even the primary purpose of securing judicial protection for the diffuse and fragmented interests of a substantial and ill-defined group of people. A simple illustration is afforded by an action for nuisance brought by a householder in a residential neighbourhood against the owners of a nearby industrial undertaking. If an injunction is issued at the suit of that householder requiring, for example, that noisy operations be restricted to normal working hours, the benefits flowing from the injunction will accrue as much to his neighbours as to himself*”.

da ação popular, alcançado o próprio meio ambiente. Mas a ampliação definitiva do rol de legitimados. As ações receberiam, então, sempre tratamento coletivo compatível com os interesses em conflito.

O direito moderno, de matriz constitucional ou processual, vem apontando na direção do acesso à justiça, da ampliação da legitimidade e da instrumentalidade do processo. A limitação da legitimação do indivíduo, diante de interesses individuais homogêneos, deixa de produzir resultados positivos: economia processual e judicial; maior acesso ao Judiciário; melhoria da prestação jurisdicional, em termos de tempo e qualidade, devido à redução do número de feitos; preservação do princípio da igualdade etc. Mas em termos de interesses de natureza indivisível, o resultado é a denegação absoluta de justiça.

Capítulo 19 – Litispendência e coisa julgada

19.1. Generalidades

O processamento e o julgamento de demandas coletivas impõem a revisitação de vários institutos processuais, para adequá-los aos princípios, às finalidades e às características da proteção judicial metaindividual. Dentro desse contexto, a litispendência e a coisa julgada merecem posição de destaque.

Os dois institutos, sob o prisma tradicional, estão intimamente relacionados à condição de parte no processo. Isso porque a identificação da ação, nos termos do art. 301, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, é feita a partir da confrontação das partes, da causa de pedir e do pedido. E, ainda que não esteja em discussão o ajuizamento de novo feito, a ensejar a ausência de coisa julgada ou de litispendência, como pressupostos processuais negativos, os jurisdicionados precisam saber os limites subjetivos dos efeitos do julgamento. Só assim, poderão descobrir quem está ou não vinculado à decisão proferida.

O art. 472, do Código Processual Civil, estabelece que a “sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”. Naturalmente, a matéria há que encontrar disciplinamento diverso em sede de tutela coletiva, na medida em que se conferiu legitimidade para que determinadas pessoas ou órgãos possam efetuar em juízo a defesa de interesses alheios. Do mesmo modo, a indivisibilidade do objeto

determinaria, no caso dos interesses essencialmente coletivos, de modo peremptório, o tratamento coletivo para o conflito, na medida em que exigiria solução uniforme. Não haveria, ainda, sentido em se falar de proteção coletiva, com o escopo de ampliar o acesso à justiça e produzir efetiva economia processual, se as coisas permanecessem exatamente como antes, ou seja, com decisões que vinculassem apenas as partes formais do processo.

19.2. A litispendência e a coisa julgada diante do art. 104 do CDC

A questão da litispendência em relação às ações coletivas não havia recebido tratamento legal até o advento do Código de Defesa do Consumidor. O art. 104, da Lei n. 8.078/090 dispôs que:

“As ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*, a que aludem os incisos II e III do art. anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva”.

Nota-se, em primeiro lugar, que o dispositivo cuidou tão-somente da hipótese de ajuizamento concomitante de ações individuais, desprezando,

assim, a possibilidade de serem instaurados vários processos coletivos, fato que vem se tornando cada vez mais freqüente e problemático⁴⁸³.

Em relação ao art. 104 do Código de Defesa do Consumidor, colocou-se logo em discussão as remissões feitas no seio do dispositivo. A primeira parte da norma faz menção às ações coletivas para a defesa dos interesses difusos e coletivos, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81. Todavia, a segunda parte do art. 104 indicou os incisos II e III do art. 103, dirigidos aos interesses coletivos e individuais homogêneos.

A doutrina tem apontado principalmente para interpretar como aplicável a todas as categorias de ações coletivas as duas partes do art. 104.⁴⁸⁴ Entretanto, algumas considerações mais amplas devem ser feitas.

Em primeiro lugar, o instituto da litispendência só será útil ao processo coletivo se a análise comparativa levar em conta não apenas a parte formalmente presente no processo, mas, sim, quem sejam os titulares do direito material deduzido no processo. Portanto, ao lado do pedido e da causa de pedir, bastaria que se estivesse na causa coletiva, para ser considerada como idêntica, defendendo os interesses dos mesmos substituídos⁴⁸⁵. Do contrário, dificilmente

⁴⁸³ O tema será enfrentado logo abaixo.

⁴⁸⁴ Nesse sentido, Antonio Gidi, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 193, e Ada Pellegrini Grinover, *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 829-830.

⁴⁸⁵ Toma-se aqui a expressão no seu sentido corrente, não obstante as ponderações, oportunamente consignadas, feitas por José Carlos Barbosa Moreira. Vide capítulo sobre legitimação.

haveria litispendência, porque outro legitimado poderia simplesmente formular idêntico pedido e causa de pedir em novo processo.

Mas há outra questão de fundo a ser apreciada. Os interesses essencialmente coletivos, ou seja, os difusos e coletivos em sentido estrito, contam, como característica fundamental, com a indivisibilidade do seu objeto. A impossibilidade de fracionamento determina, assim, tratamento e solução uniforme para o litígio. Por conseguinte, os interesses difusos e coletivos não comportam - material ou logicamente - a convivência de várias ações, diante de pretensões e fundamentos idênticos. Do contrário, a emissão de inúmeros pronunciamentos judiciais diversos ou contraditórios poderia estabelecer padrões de conduta incompatíveis: um juiz, por exemplo, autorizando a realização de determinada atividade provocadora de barulho, apenas no período da tarde; outro somente pelas manhãs; um terceiro proibindo-a terminantemente a qualquer hora; e, por fim, um que a facultasse em geral. Como proceder, diante de pronunciamentos liminares, proferidos em processos distintos, com autores também diversos, determinando ou permitindo condutas tão díspares?

Estando em jogo o mesmo pedido e causa de pedir, bem como havendo coincidência entre os titulares dos interesses difusos ou coletivos, não se deve admitir o ajuizamento de nova ação coletiva, em razão da presença de litispendência. Outras soluções, como a reunião de processos, sob o argumento da conexão ou da continência, além de tecnicamente incabíveis diante da identidade objetiva, muito provavelmente acabaria ocasionando tumulto processual e retardamento no julgamento da demanda coletiva.

Por outro lado, em relação a demandas individuais, duas hipóteses de tratamento se abrem. Não se está, no caso, a confrontar eventuais direitos

individuais ao ressarcimento por danos decorrentes da falta de proteção ao interesses difuso ou coletivo lesionado, pois terão se transformado, no máximo, em direitos individuais homogêneos, passíveis de defesa singular. Ada Pellegrini Grinover observa que “aqui, o objeto dos processos é inquestionavelmente diverso, consistindo nas ações coletivas na reparação ao bem indivisivelmente considerado, ou na obrigação de fazer ou não fazer, enquanto as ações individuais tendem ao ressarcimento pessoal”.⁴⁸⁶ A primeira opção é a inadmissibilidade de ações ajuizadas por indivíduos, e não propriamente ações individuais, para a defesa de interesses difusos ou coletivos. A segunda seria a aceitação, atribuindo-lhes tratamento, inclusive sob o ponto de vista da litispendência e da coisa julgada, de ação coletiva.⁴⁸⁷

O que parece, entretanto, inadmissível, em sede de interesses difusos e coletivos, é a possibilidade ventilada pelo art. 104, de cabimento e coexistência de ações coletivas e individuais, como se o objeto em questão fosse sujeito ao desmembramento. E tudo o que se disse sobre litispendência deve ser considerado também em geral para fins de efeitos do julgamento e da coisa julgada.

A hipótese do art. 104 só é passível de aplicação em relação aos direitos ou interesses individuais homogêneos, estes, sim, plenamente divisíveis. Mas, ainda aqui, o dispositivo merece severa crítica.

⁴⁸⁶ *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 830.

⁴⁸⁷ Sobre o assunto, vide o capítulo anterior.

A experiência do Direito Comparado relata a utilização, em geral, de dois sistemas de vinculação dos indivíduos ao processo coletivo: o de inclusão (*opt-in*), no qual os interessados deverão requerer o seu ingresso até determinado momento; e o de exclusão (*opt-out*), mediante o qual devem os membros ausentes solicitar o desacoplamento do litígio coletivo, dentro de prazo fixado pelo juiz. Como se vê, o art. 104 não adotou nenhum dos dois métodos. Pelo contrário, deixou de colocar a ação coletiva como referencial mais importante, diante da qual os indivíduos precisariam optar, seja pelo ingresso ou pela exclusão, para passar a dispor sobre a conduta dos autores individuais em relação às suas ações singulares.

Note-se, ainda, que o sistema de exclusão é significativamente mais eficiente, no sentido de garantir o tratamento coletivo para as questões comuns, produzindo, assim, efetiva economia processual, acesso à justiça e fortalecimento das ações coletivas. Mas, sem a fixação de prazos para o seu exercício, não há direito ou obrigação de exclusão, fazendo com que interesses menores, mas quantitativamente significativos, acabem minando o sentido das ações coletivas. A realidade dos últimos anos fala por si só: embora tenham sido ajuizadas ações coletivas, nenhuma delas foi capaz de conter a verdadeira sangria de ações individuais que foram ajuizadas diante de questões como a dos expurgos inflacionários relacionados com cadernetas de poupança e do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); dos inúmeros conflitos envolvendo aposentados, como, v. g., a equivalência do benefício com o salário mínimo, o reajuste de 147%, buraco negro etc; lides que diziam respeito a tributos, como a CPMF, reajuste da tabela do imposto de renda, progressividade do IPTU, taxa de lixo ou de iluminação pública, aumento de alíquotas, incidência de contribuições sociais sobre determinadas categorias; incontáveis discussões pertinentes aos funcionários públicos, no âmbito da União, dos Estados e dos Municípios, em

torno de pleitos como o direito ao reajustamento anual, de contagem de tempo dos celetistas incorporados ao regime único, transformação de cargos, extinção de direitos, citando apenas alguns poucos exemplos.

Em praticamente todos os casos mencionados, foram centenas e milhares de processos individuais instaurados, sem que as ações coletivas tenham de fato cumprido o seu papel. O correto equacionamento da questão da litispendência e da coisa julgada, com o estabelecimento de um efetivo sistema de exclusão, acompanhado do controle da representatividade adequada, parece ser medida essencial para que a tutela coletiva alcance os seus objetivos.

19.3. Os efeitos do julgamento nas ações coletivas

O art. 103 do Código de Defesa do Consumidor estabeleceu que, nas ações coletivas, “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 inc. 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 inc. III do parágrafo único do art. 81”.

A extensão dos efeitos decorre, nos dois primeiros incisos, da indivisibilidade do objeto, na medida em que não poderá ser fracionado em relação aos interessados, indeterminados no caso dos interesses difusos - por isso *erga omnes* - e limitados ao grupo, categoria ou classe. Note-se, em relação aos últimos, que o dispositivo, também em função da indivisibilidade, não limitou os efeitos aos associados ou filiados, mas a todo o grupo, categoria ou classe. Do contrário, os interesses seriam divisíveis e qualificáveis como individuais homogêneos, recebendo tratamento diverso, ainda que, para fins da propositura da ação, haja organização identificável com grupo, categoria ou classe.

A vinculação aos efeitos deriva, igualmente, da legitimação extraordinária, tendo em vista que os interesses alheios estão sendo defendidos por outra pessoa mediante autorização da lei. Consequência natural, portanto, que os titulares dos direitos invocados no processo sejam atingidos. Leia-se “interessados” ou “titulares dos direitos alheios defendidos” onde se encontra escrita a palavra “vítimas”, no inciso III do art. 103.

A extensão dos efeitos foi regulada, em parte, *secundum eventum litis*, ou seja, dependendo do resultado do julgamento. No caso do pedido ser julgado procedente, haverá sempre a ampliação subjetiva da eficácia. Mas, do contrário, quando a pretensão for negada, o tratamento será diverso, conforme esteja em jogo interesses essencialmente coletivos (interesses difusos ou coletivos em sentido estrito) ou individuais homogêneos. Em relação aos primeiros, o pedido julgado improcedente não será vinculativo, para todos os interessados e legitimados, apenas se o resultado desfavorável decorrer da falta ou insuficiência de provas.

Quanto aos interesses ou direitos individuais homogêneos, contudo, não há qualquer reserva. Assim, o julgamento contrário à parte que efetuou a defesa coletiva não produzirá efeitos *erga omnes*, o que merece ser criticado, pois viola o princípio da isonomia. Ao estabelecer, de modo limitado, como legitimados, apenas os órgãos públicos e as associações, a representatividade adequada foi presumida. Por conseguinte, torna-se desproporcional e despropositada a diferenciação dos efeitos *secundum eventum litis*, pois não leva em consideração, tal qual nos incisos I e II do art. 103, motivo significativo, como a falta ou insuficiência de provas, para afastar a extensão. O processo coletivo torna-se, assim, instrumento unilateral, na medida em que só encontrará utilidade em benefício de uma das partes.

19.4. A inconstitucionalidade do art. 2º-A da Lei n. 9.494/97

A Lei n. 9.494, de 10.09.97, convertendo em lei a Medida Provisória n. 1.570, designou, inicialmente, a seguinte redação para o art. 16, da Lei da Ação Civil Pública: “A sentença civil fará coisa julgada ‘*erga omnes*’, nos termos 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”. Em seguida, o texto foi modificado, mediante a adoção de medidas

provisórias sucessivas⁴⁸⁸, para dispor que: “A sentença prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator”.

Pretendeu-se, assim, instituir novo texto para o art. 16, da Lei da Ação Civil Pública, com o intuito claro de fracionar o alcance das ações coletivas. Todavia, há que se consignar que a versão originária do artigo dispunha, em síntese, que a sentença faria coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido fosse julgado improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderia intentar “outra” ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a matéria pertinente aos efeitos do julgamento e da coisa julgada passou a ser regulada inteiramente pelo art. 103, na medida em que instituiu sistema consentâneo com a nova divisão tripartite dos interesses coletivos, nada mais podendo ser aproveitado do art. 16, da Lei n. 7.347/85, razão pela qual é de se considerar o mesmo revogado, com fulcro no art. 2º, § 1º, parte final, da Lei de Introdução ao Código Civil. Desse modo, houve manifesto equívoco do legislador ao pretender dar nova redação a dispositivo que não se encontrava mais em vigor. Este não foi, entretanto, o maior engano.

A inovação é manifestamente inconstitucional, afrontando o poder de jurisdição dos juízes, a razoabilidade e o devido processo legal. A jurisdição,

⁴⁸⁸ A nova redação foi prevista inicialmente na Medida Provisória n. 1.781-1, de 11.02.1999, seguida depois pelas de n. 1.906-11, de 25.11.1999, n. 2.102-32, de 21.06.2001, e n. 2.180-33, de 28.06.2001.

como já visto⁴⁸⁹, não se confunde com a competência. Todos os juízes são investidos na jurisdição, estando limitada tão-somente a sua competência para conhecer, processar e julgar os processos. Por outro lado, a jurisdição é um poder, decorrente diretamente da soberania, razão pela qual guarda aderência sobre o território nacional, ainda quando o órgão seja estadual. As regras de competência fixarão, sim, quem deva ser responsável pelo processo, não se prestando, portanto, para tolher a eficácia da decisão, principalmente sob o prisma territorial.

Da mesma forma, há que ser invocada, mais uma vez, a indivisibilidade do objeto, quando o interesse for difuso ou coletivo, não sendo possível o seu fracionamento para atingir parte dos interessados, quando estes estiverem espalhados também fora do respectivo foro judicial.

⁴⁸⁹ Capítulo 17.

Capítulo 20 – Síntese e conclusões do direito nacional

A história das ações coletivas no Brasil passa, num primeiro momento, pela elaboração de esporádicos estatutos legais prevendo a legitimação de associações e de instituições para a “representação” ou defesa em juízo dos associados ou interesses gerais da profissão. Dentro dessa etapa, cabe incluir, ainda, a legitimação extraordinária prevista na Lei da Ação Popular, de 1965.

As décadas de 70 e 80, do século XX, foram de significativa importância para o desenvolvimento da tutela coletiva. Primeiro, pela manifestação doutrinária surgida da pena de excelsos processualistas, que descortinaram o tema, dentre os quais José Carlos Barbosa Moreira, Ada Pellegrini Grinover e Waldemar Mariz de Oliveira.

O desabrochar legislativo ocorre em 1985, com a aprovação da Lei da Ação Civil Pública, refletindo a participação e as mudanças renovadoras ocorridas no seio do Ministério Público. A consagração da incorporação das ações coletivas ao ordenamento nacional foi marcada pelas duas inovações que se seguiram: a Constituição de 1988 e o Código de Defesa do Consumidor, que se fizeram rodear de vários estatutos específicos, protegendo, entre outros, as pessoas portadoras de deficiência, os investidores, a criança e o adolescente e a ordem econômica e a economia popular. A presença e a importância da doutrina, das leis e dos julgados brasileiros ocupam lugar de proa no contexto mundial da tutela coletiva.

Sob o ponto de vista formal, impõe-se que o Código de Processo Civil, como estatuto central do Direito Processual, incorpore e sistematize as normas relacionadas à defesa judicial coletiva, abrindo-se, também, oportunidade para que haja um disciplinamento mais completo, harmonioso e eficaz.

A teoria e a prática das ações coletivas, no direito nacional contemporâneo, gravitam em torno dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, legalmente previstos no § único, do art. 81, do Código de Defesa do Consumidor. Em sentido correlato, pode-se enfocar que os dois primeiros são interesses essencialmente coletivos, enquanto os individuais homogêneos representam a defesa coletiva de direitos, portanto, apenas acidentalmente coletivos.

Não há que se fazer distinção entre interesses e direitos para fins de proteção judicial. O instituto da tutela coletiva constitui objeto do Direito Processual Civil, cujos princípios, escopos e regras devem nortear a interpretação e construções pertinentes.

O uso desordenado de expressões cedeu lugar à definição legal, em termos de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. A essência coletiva da pretensão encontra-se marcada pela indivisibilidade do objeto, traduzindo-se no tratamento uniforme cogente. A caracterização do interesse como difuso e coletivo, em sentido estrito, tem como base a existência de objeto indivisível, fato este ainda não compreendido clara e totalmente por parte da doutrina e dos tribunais, gerando equívocos terminológicos e incorretas classificações. Os interesses difusos dizem respeito a pessoas indeterminadas e ligadas principalmente por circunstâncias de fato, enquanto que, nos coletivos, há

a determinação das pessoas, vinculadas entre si ou com a parte contrária por relação jurídica base.

Os direitos individuais homogêneos são vistos, por vezes, como passageiros de segunda classe, no contexto da tutela coletiva. Entretanto, a defesa coletiva de direitos individuais decorrentes de origem comum é de extrema importância para a economia judiciária e para o acesso à justiça. A tutela desses interesses exige a prevalência das questões comuns e a superioridade da tutela coletiva sobre a individual.

A Lei n. 7.347/85 definiu o foro do local do dano como competente para o processamento das ações civis públicas. Utilizou-se, todavia, equivocadamente, da expressão “funcional” para designar que a competência seria inderrogável, quando, na verdade, trata-se de critério territorial, embora de natureza absoluta, a exemplo do que ocorre na parte final do art. 95, do Código de Processo Civil.

O art. 2º, da Lei da Ação Civil Pública, deve ser reputado como coexistente com o art. 93, do Código de Defesa do Consumidor. O primeiro mantém basicamente o caráter absoluto de eventual incompetência, enquanto o segundo manteve o foro do lugar do dano, para os de âmbito local. Quando o âmbito for regional ou nacional, serão concorrentemente competentes o foro da capital e o do Distrito Federal, tal qual decidido pelo STJ, no final do século passado. Incorreta, portanto, a interpretação que pretende enviar todos os casos de dano nacional para o Distrito Federal, porque incompatível com o dispositivo em foco e atentatória ao acesso à justiça.

De qualquer forma, a norma infraconstitucional não pode alterar as regras previstas na Magna Carta, mantendo-se preservada, naturalmente, a competência material da Justiça do Trabalho, nos termos do art. 114, e a competência territorial da Justiça Federal, com fulcro no art. 109, §§ 1º e 2º. É de se notar o equívoco cometido pelo Superior Tribunal de Justiça, calcado em opiniões ilustres da doutrina, no sentido de enxergar a aplicação do art. 109, § 3º, da Constituição, ao previsto no art. 2º, da Lei da Ação Civil Pública, e art. 93, do Código do Consumidor. O entendimento, que chegou a ser consagrado no enunciado n. 183, da súmula do STJ, foi finalmente reorientado a partir de recente julgado do Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a necessidade de delegação legal expressa, que resultou no cancelamento do mencionado verbete.

A legitimação para agir, como uma das três condições da ação, encontra-se dividida em ordinária e extraordinária. Esta última pode estar subordinada à presença do legitimado ordinário ou ser autônoma. Quando o titular do direito material fica impossibilitado de figurar como parte principal, tem-se a legitimação como exclusiva. Do contrário, concorrerão os legitimados ordinário e extraordinário ao exercício do direito de ação, razão pela qual denomina-se a espécie de concorrente. Mas, se há vários legitimados extraordinários, simultaneamente autorizados a propor a ação, chama-se de disjuntiva, embora seja freqüente, na doutrina e nos tribunais, a caracterização como concorrente.

A expressão “substituição processual”, embora tecnicamente refira-se apenas aos casos de legitimação extraordinária exclusiva, vem sendo tradicionalmente empregada como sinônimo para a legitimação extraordinária em geral.

A doutrina vem classificando de forma diversa a natureza da legitimação pertinente às ações coletivas, dividindo-se em três posições principais: a) legitimação ordinária; b) autônoma; e c) extraordinária. Correta e predominante é a caracterização como extraordinária para a legitimação coletiva, na medida em que se está, em nome próprio, defendendo interesses alheios, embora se possa, eventualmente, quando cabível a iniciativa pelo indivíduo, estar também postulando o direito próprio.

Em vários países, tem-se adotado principalmente três espécies de legitimados para as ações coletivas: os indivíduos, os órgãos públicos e as associações. No sistema brasileiro, predominam os órgãos públicos, com destaque para o Ministério Público, embora estejam também previstas as associações e, limitados à ação popular, os cidadãos. Com assento constitucional, as funções do Ministério Público podem ser exercidas, em termos de ações coletivas, em relação aos interesses difusos, coletivos e, quando há relevância social, aos direitos individuais homogêneos, segundo entendimento consagrado na doutrina e na jurisprudência.

No que diz respeito às associações, a disposição contida no art. 5º, inciso XXI, vem ensejando, em especial junto ao Supremo Tribunal Federal, dificuldades de interpretação, diante da utilização da expressão “legitimação para representar”, quando os dois institutos - legitimação e representação - possuem significado diverso. O Tribunal Constitucional percebeu, recentemente, que o entendimento para o qual estava inicialmente se encaminhando, não significaria qualquer inovação em relação ao direito anterior, tendo dado claro sinal, capitaneado pelo voto do Min. Sepúlveda Pertence, no sentido de que a nova posição evoluirá para a constatação da figura da legitimação extraordinária na

espécie. Este já vem sendo o entendimento majoritário da doutrina e do Superior Tribunal de Justiça.

A legitimação do indivíduo no contexto da tutela coletiva precisa ser aprofundada sob vários aspectos. A Constituição da República assegura o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, que deve ser considerada em relação aos interesses individuais e coletivos. A Magna Carta não vedou, *a priori*, a possibilidade de outros legitimados, além dos previstos nas disposições constitucionais. Entretanto, a legislação infraconstitucional não atribuiu ao indivíduo, ao contrário do que ocorre em outros países, a legitimação, de modo amplo, para a propositura de ações coletivas. Na categoria dos direitos individuais homogêneos, o princípio da inafastabilidade está preservado, na medida em que qualquer pessoa poderá buscar a respectiva tutela individual.

Situação diversa ocorre quanto aos interesses “essencialmente coletivos”, uma vez que o tratamento deverá ser sempre coletivo, ainda quando ajuizada ação para a defesa de direito aparentemente individual, possibilidade que não poderá ser bloqueada, tendo em vista o princípio da inafastabilidade e os direitos constitucionalmente assegurados, como, *v. g.*, em relação ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Entretanto, porque o objeto é indivisível, é da essência o tratamento unitário.

As ações coletivas não foram ainda capazes, infelizmente, de impedir ou atenuar satisfatoriamente o número de ações judiciais, decorrentes de questões comuns, que assolam o Poder Judiciário.

O reconhecimento da legitimação aos indivíduos, para a propositura de ações coletivas, a exemplo do que efetuou Portugal, poderia impulsionar o uso

das ações coletivas, desonerando, por outro lado, o papel quase que exclusivo exercido hoje pelo Ministério Público.

Registre-se, igualmente, que as associações de consumidores atualmente existentes, são, em grande parte, uma ficção, pois se encontram organizadas em torno de escritórios de advocacia, que passariam, com a legitimação dos indivíduos, a cumprir às claras o papel exercido tímida e indiretamente. Mecanismos de controle, entretanto, deveriam ser acrescidos, registrando-se, em particular, o controle da representatividade adequada.

O processamento e o julgamento das ações coletivas implicam na revisitação de institutos processuais, dentre os quais a litispendência e a coisa julgada, consideradas, no processo civil tradicional, apenas em relação às partes formais, ou seja, autor, réu e terceiros intervenientes.

A legitimação extraordinária e a indivisibilidade do objeto, quanto aos interesses coletivos em sentido estrito, ensejam tratamento diferenciado para as ações coletivas, com a extensão dos efeitos a todos os interessados.

A litispendência não pode ser aferida, em relação às ações coletivas, da forma prevista no art. 301, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, mas, sim, levando-se em consideração, no lugar das partes formais, quem são os interessados. Por conseguinte, deve ser acusada a litispendência sempre que forem idênticos os pedidos, causas de pedir e substituídos. Assim sendo, haverá litispendência mesmo quando os legitimados forem pessoas diversas. A disjunção ou “concorrência” prevista diz respeito à possibilidade de ajuizamento ou mesmo de litisconsórcio, mas, não, que possam coexistir várias ações coletivas com o mesmo objeto, fato que se tornou comum e que deve ser

enfrentado, sob pena de serem atomizadas as questões que deveriam estar sendo enfrentadas molecularmente.

No caso dos interesses difusos ou coletivos, em sentido estrito, a indivisibilidade do objeto faz com que haja impossibilidade material e/ou jurídica em relação à concomitância de ações coletivas ou mesmo de coletiva e individual, sendo, portanto, inaplicável parte do art. 104, do Código de Defesa do Consumidor. O dispositivo só é passível de incidência sobre os direitos individuais homogêneos.

A experiência de outros países informa a utilização, em geral, dos sistemas de exclusão e de inclusão, em termos de vinculação dos interessados ao julgado. Dessa forma, os ausentes precisam, respectivamente, manifestar o desejo de desacoplamento ou de ingresso, dentro de determinado prazo, junto ao juiz da causa coletiva.

O método brasileiro, a rigor, não se enquadra em nenhum dos dois padrões. Simplesmente, não há prazo para a entrada ou para a saída, causando insegurança quanto aos limites subjetivos da demanda e do julgado. A não adoção do sistema de exclusão pode ser atribuída como a principal causa da incapacidade que as ações coletivas vêm demonstrando, no Brasil, para impedir ou atenuar a verdadeira sangria de centenas e milhares de ações individuais decorrentes de origem comum, as chamadas “ações repetitivas”. Dentre os inúmeros exemplos, tem-se, como recente, embora já dure cerca de dez anos, as milhares de ações voltadas para o pagamento dos expurgos inflacionários sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS). A introdução do sistema de exclusão (*opt-out*) é fundamental para o sucesso da tutela coletiva no Brasil, tendo em vista a dimensão numérica dessas “causas de massa”.

A extensão dos efeitos do julgado *secundum eventum litis* foi parcialmente adotada em relação aos interesses difusos e coletivos. Quando julgado procedente o pedido coletivo, estarão todos os interessados ou os integrantes da categoria, grupo ou classe vinculados. Entretanto, em caso de decisão desfavorável, não ficarão as partes e os interessados submetidos aos efeitos da coisa julgada, se decorrer da falta ou insuficiência de provas.

Situação diversa, entretanto, ocorre no que diz respeito aos direitos individuais homogêneos, em que a extensão *secundum eventum litis* da decisão será absoluta, vinculando ou não conforme o julgado seja ou não favorável à parte coletiva, método este que enseja maior insegurança jurídica, aumento do número de causas e tratamento antiisonômico para as partes.

O art. 2º-A, da Lei n. 9.494/97, procurou, na contramão da história, implodir as demandas coletivas. Para tanto, estabeleceu nova redação para o art. 16, da Lei n. 7.347/85, que já se encontrava revogado pelo art. 103, do Código de Defesa do Consumidor. A inovação é manifestamente inconstitucional, afrontando o poder de jurisdição dos juízes, a razoabilidade e o devido processo legal. A jurisdição, que é poder inerente ao território, no caso nacional, não se confunde com o conceito de competência, não podendo os efeitos daquela ficar limitados aos jurisdicionados que residam no respectivo foro.

O sucesso das ações coletivas está intimamente relacionado e condicionado à capacidade de se estabelecer um tratamento realmente “molecularizado” para a resolução dos conflitos de massa. Nesse sentido, a existência de várias ações coletivas, ao lado de milhares de feitos individuais, versando sobre a mesma questão de fundo, coloca em descrédito a perspectiva de

um processo verdadeiramente coletivo, concebido para concentrar em um único feito as decisões, colheita de provas, recursos e, eventualmente, a própria execução.

Bibliografia

- AGRIFOGLIO, Sergio. Riflessioni critiche sulle azioni popolari come strumento di tutela degli interessi collettivi. In: *Le azioni a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio* (Pavia, 11-12 giugno 1974). Pádua: CEDAM, 1976.
- ALEXANDER, Janet Cooper. *An introduction to class action procedure in the United States*. Texto e palestra apresentados na Conferência sobre *class actions*, Genebra, jul. 2000.
- ALMEIDA, João Batista de. A ação civil pública e a jurisprudência do STF. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: RT, n. 36.
- _____. A ação civil pública para a defesa dos interesses ou direitos individuais homogêneos. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: RT, n. 34, abr.-jun. 2000.
- ALPA, Guido. Interessi Diffusi. *Revista de Processo*, n. 81. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 146-159, jan./mar. 1996.
- ALVIM, Arruda *et alii*. *Código do consumidor comentado*. 2 ed. São Paulo: RT, 1995.
- ALVIM, Eduardo Arruda. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: RT, 1998, v. 1.

ALVIM, José Eduardo Carreira. Ação civil pública. In: *O direito na doutrina*. Curitiba: Juruá, 1999.

_____. *Elementos de teoria geral do processo*. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

ANGIULI, Annamaria. *Interessi collettivi e tutela giurisdizionale*. Nápoles: Novene, 1986.

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

AXMANN, Jochen. *Die praktische Bedeutung und Effizienz der Verbandsklage nach §§ 13 ff. AGB-Gesetz*. Diss. Berlin, 1984.

BACHMANN, Birgit. Die Class Action im kandinischen Recht. In: *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozeß*. Org. Jürgen Basedow et alii. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999.

BAETGE, Dietmar. Das Recht der Verbandsklage auf neuen Wegen. *ZZP* 112 (1999): 329-351.

BARROSO, Luís Roberto. A igualdade perante a lei; algumas reflexões. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Procuradoria do Estado, n. 38, 1986.

_____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BASEDOW, Jürgen. Kollektiver Rechtsschutz und individuelle Rechte: Die Auswirkungen des Verbandsprozesses auf die Inzidentkontrolle von AGB. *AcP* 182 (1982): 335-371.

BASEDOW, Jürgen, HOPT, Klaus J., KÖTZ, Hein & BAETGE, Dietmar (org.). *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozeß*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999.

BATTALER, B. H. Der Rechtszugang der Verbraucher in Spanien. In: *III. Europäische Konferenz über den Zugang der Verbraucher zur Justiz*. Lisboa: Instituto do Consumidor, 1994.

BENDER, Bernd. Die Verbandsklage. *DVBl.* 15. Februar 1977: 169-175.

BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico. Apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: *Ação Civil Pública - Lei 7.347/85: Reminiscências e Reflexões após Dez Anos de Aplicação*, org. Édis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BERMUDES, Sergio. *Introdução ao processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BERNI, Markus. *Verbandsklagen als Mittel privatrechtlicher Störungsabwehr: Prozessführung durch Dritte am Beispiel der Verbandsklagen des Lauterkeits- und Kartellrechts*. Bern: Haupt, 1992.

BETTERMANN, Karl August. Zur Verbandsklage. *ZZP* 85 (1972): 133-144.

- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Metodologia da pesquisa jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BOTANA, Gemma A. Über die Instrumente des Gemeinschaftsrechtes im Rahmen des Verbraucherschutzes. In: *III. Europäische Konferenz über den Zugang der Verbraucher zur Justiz*. Lisboa: Instituto do Consumidor, 1994.
- BOURGOIGNIE, Thierry. Der Zugang der Verbraucher zu ihren Rechten und zur Justiz: Herausforderungen des Einzelmarktes. In: *III. Europäische Konferenz über den Zugang der Verbraucher zur Justiz*. Lisboa: Instituto do Consumidor, 1994.
- BRAGA, Carlos Eduardo Faraco. Ações coletivas. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: RT, n. 7.
- BRICOLA, Franco. La tutela degli interessi collettivi nel processo penale. In: *Le azioni a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio* (Pavia, 11-12 giugno 1974). Pádua: CEDAM, 1976.
- BULOS, Uadi Lamêgo. *Mandado de segurança coletivo: em defesa dos partidos políticos, associações, sindicatos entidades de classe, Doutrina, Jurisprudência e Legislação Complementar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- BUZAID, Alfredo. Mandado de Segurança, Injunctions e Mandamus. *Revista de Processo*, n. 53. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 7-13, jan./mar. 1989.

CALAIS-AULOY, Jean. Die Regelung von Rechtsstreiten auf gerichtlichem Weg : Die Lage in Frankreich. In: *III. Europäische Konferenz über den Zugang der Verbraucher zur Justiz*. Lisboa: Instituto do Consumidor, 1994.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPALLI, Richard B. und Consolo, Claudio. Class Actions for continental Europe? A preliminary inquiry". *Temple International and Comparative Law Journal*, 6.2 (1993): 217-292.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso dos consumidores à justiça. *Revista de Processo*, n. 62. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 205-220.

_____. Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi. In: *Le azioni a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio* (Pavia, 11-12 giugno 1974). Pádua: CEDAM, 1976.

_____. *The judicial process in comparative perspective*. Oxford: Clarendon, 1991.

CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

_____. The protection of diffuse, fragmented and collective interests in civil litigation. In: *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung: Die Generalberichte zum VII. Internationalen Kongreß für Prozeßrecht*. Org. Walther J. Habscheid. Bielefeld: Giesecking, 1983. 117-159.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. A Coisa Julgada nas Ações Coletivas. *Livro de Estudos Jurídicos*, n. 1, p. 199-207.

_____. *O Ministério Público no processo civil e penal: promotor natural, atribuição e conceito com base na Constituição de 1988*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

_____. Os Interesses Difusos e Coletivos e o Princípio da Legalidade. In: *Livro de Estudos Jurídicos*, n. 3.

CARVALHO, Ivan Lira de. O Mandado de Segurança Coletivo e os Partidos Políticos. *Revista de Processo*, n. 72. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 75-95, out./dez. 1993.

CHAPMAN, J. H. Die Entschädigung des Verbrauchers: die britische Erfahrung. In: *III. Europäische Konferenz über den Zugang der Verbraucher zur Justiz*. Lisboa: Instituto do Consumidor, 1994.

CHIARLONI, Sergio. Diritto processuale civile e società di classi. *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, n. 742, 1975.

CINTRA JÚNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. Interesses Metaindividuais: questão de acesso à Justiça. *Revista dos Tribunais*, n. 81, p. 39-47.

CLARK, S. Stuart. *Class actions in Australia*. Texto e palestra apresentados na Conferência sobre *class actions*, Genebra, jul. 2000.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPÉIAS. *Livro branco sobre responsabilidade ambiental*. Bruxelas, 9.2.2000.

_____. *Relatório da comissão sobre a aplicação da Directiva 85/374 em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos*. Bruxelas, 31.1.2001.

_____. *Relatório da comissão ao Conselho e ao Parlamento europeu sobre reclamações dos consumidores... e publicidade comparativa*. Bruxelas, 10.03.2000.

COOPER, Edward H. Class-Action advice in the form of questions, *Duke Journal of Comparative and International Law*. Spring, 2001.

COSTANTINO, Giorgio. Brevi note sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi davanti al giudice civile. In: *Le azioni a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio* (Pavia, 11-12 giugno 1974). Pádua: CEDAM, 1976.

CREIFELDS, Carl (org.). *Rechtswörterbuch*. München: C. H. Beck'sche, 1999.

CUNHA, Alcides A. Munhoz da. Evolução das Ações Coletivas no Brasil. *Revista de Processo*, n. 77. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 224-235, jan./mar. 1995.

- DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Mandado de segurança coletivo: legitimação ativa*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DENTI, Vittorio. Relazione introduttiva. In: *Le azioni a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio* (Pavia, 11-12 giugno 1974). Pádua: CEDAM, 1976.
- DIAS, Francisco Barros. Coisa Julgada e Execução no Processo Coletivo. *Ajuris* (Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul), n. 64, p. 266-286, jul. 1995.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. Decisões vinculantes. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, n. 100, out.-dez. 2000.
- DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DOMONT-NAERT, Françoise. Die Regelung von Streitfällen im Rahmen der Erfahrung von Marchienne-au-Pont. Die gemeinschaftliche Handlung der Verbraucherorganisationen. In: *III. Europäische Konferenz über den Zugang der Verbraucher zur Justiz*. Lisboa: Instituto do Consumidor, 1994.
- ELLGER, Reinhard. Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im englischen Zivilprozeß. In: *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozeß*. Org. Jürgen Basedow *et alii*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999.
- EMBACHER, Hermann. *Die Verbandsklage im Verwaltungsprozeß: Materiellrechtliche und verfahrensrechtliche Frage*. Saarland, 1979.

ERVINE, Cowan. Das Verfahren kleiner Rechtsfälle im Vereinigten Königreich. In: *III. Europäische Konferenz über den Zugang der Verbraucher zur Justiz*. Lisboa: Instituto do Consumidor, 1994.

ESTREICHER, Samuel. Federal class actions after 30 years. *New York University Law Review*, v. 71, 1996.

FABER, Heiko. *Die Verbandsklage im Verwaltungsprozeß*. Baden-Baden: Nomos, 1972.

FAGAN, William. Das Verfahren kleiner Rechtsfälle in Irland. In: *III. Europäische Konferenz über den Zugang der Verbraucher zur Justiz*. Lisboa: Instituto do Consumidor, 1994.

FERRAZ, Augusto Mello de Camargo, MILARÉ, Édís & NERY JUNIOR, Nelson. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERRAZ, Sérgio. *Mandado de segurança (individual e coletivo): aspectos polêmicos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

FIGUEIREDO, Lucia. *Direitos difusos e coletivos*. São Paulo: RT, 1989.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Os Sindicatos e a Defesa dos Interesses Difusos no Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

- FISCH, William B. European analogues to the class action: Group action in France and Germany, *The American Journal of Comparative Law*, v. 27, 1979.
- FLAKS, Milton. Instrumentos Processuais de Defesa Coletiva, *Revista de Direito Administrativo*, n. 190, p. 61-77, out./dez. 1992.
- FRIEDENTHAL, Jack H., KANE, Mary Kay e MILLER, Arthur. *Civil procedure*. 3ª ed.. St. Paul: West, 1999.
- FRIEDMAN, Mark W. Constrained individualism in group litigation: Requiring class members to make a good cause showing before opting out of a federal class action, *The Yale law journal*, v. 100, 1990.
- GEORGAKOPOULOS, H. Die gerichtliche Regelung von Verbraucherkonflikten. In: *III. Europäische Konferenz über den Zugang der Verbraucher zur Justiz*. Lisboa: Instituto do Consumidor, 1994.
- GIANNINI, Massimo Severo. La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi. In: *Le azioni a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio* (Pavia, 11-12 giugno 1974). Pádua: CEDAM, 1976.
- GIDI, Antonio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GILLES, Peter. Prozeßrechtliche Probleme von verbraucherpolitischer Bedeutung bei den neuen Verbraucherverbandsklagen im deutschen Zivilrecht. *ZZP* 98 (1985): 1-31.

GIUSSANI, Andrea. *Studi sulle "class actions"*. Milão: CEDAM, 1996.

GÖBEL, Karl. *Prozeßweck der AGB-Klage und herkömmlicher Zivilprozeß: Zur Interpretation der Veweisungsnorm des § 15 Abs. 1 AGB-Gesetz*. Königstein/Ts.: Athenäum, 1980.

GOLDSTEIN, Stephen. Class Actions in Israel. In: *Israeli National Report Submitted to the XIII Congress of the International Academy of Comparative Law*. Montreal: August 1990.

GOTTWALD, Peter. Class Actions auf Leistung von Schadenersatz nach amerikanischem Vorbild im deutschen Zivilprozeß?. *ZZP* 91 (1978): 1-38.

GOUGA, Afroditi. Die Klagebefugnis der Verbraucherverbände nach dem neuen griechischen Verbraucherschutzgesetz Nr. 1961/1991 in der Fassung vom 24. Dezember 1991. *GRUR Int.* 1992: 822-824.

GREINER, Christoph. *Die Class Action im amerikanischen Recht und deutscher Ordre Public*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Ação Civil Pública e a Defesa de Interesses Individuais Homogêneos. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 5, p. 206-209.

_____. A ação civil pública no STJ. In: *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. A ação popular portuguesa: uma análise comparativa, In: *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

- _____. A class action brasileira. *Livro de Estudos Jurídicos*, n. 2. p. 22-28.
- _____. Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. In: *Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos* (coord. Édis Milaré). São Paulo : RJ, 2001.
- _____. A coisa julgada perante a Constituição, a Lei da Ação Civil Pública, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor. *Livro de Estudos Jurídicos*, n. 5, p. 409-417, 1992.
- _____. Da coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor. *Livro de Estudos Jurídicos*, n. 1, p. 381-423.
- _____. As garantias constitucionais do processo nas ações coletivas. *Revista de Processo*, n. 43. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 19-30, jul./set. 1986.
- _____. O processo coletivo do consumidor. *Livro de Estudos Jurídicos*, n. 9, p. 142-151.
- _____. Recurso e acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal – Ação popular e interesses individuais homogêneos. *Direito do consumidor*, n. 27. p. 88-102.
- _____. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. In: *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- _____. Uma nova modalidade de legitimação à ação popular. Possibilidade de conexão, continência e litispendência. In: *Ação Civil Pública - Lei*

7.347/85: *Reminiscências e Reflexões após Dez Anos de Aplicação*, org. Édis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista Brasileira de Direito Processual*, n. 16 (1978), p. 13-42.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et alii*. *Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

GRINOVER, Ada Pellegrini (coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

GROENENDIJK, Kees. Die Wahrnehmung gebündelter Interessen im Zivilprozeß, *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, n. 2, 1982.

GROTMANN-HÖFLING, Günter. Zur Bewältigung von „Massenverfahren im Arbeitsrechtsschutz“. *RdA* 1997: 212-217.

GUERRA, Isabella Franco. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

HADDING, Walther. Die Klagebefugnis der Mitbewerber und der Verbände nach § 13 Abs. 1 UWG im System des Zivilprozessrechts, *Juristenzeitung*, n. 10, 15.05.1970.

HAGER, Günter und Leonhard, Marc. Maßnahmen zur rechtlichen Bewältigung der Haftung für Massenschäden. *ZRP* 1998: 302-307.

HARVARD LAW REVIEW. *Class action litigation in China*. n. 111, 1998.

HASS, Detlef. *Die Gruppenklage: Wege zur prozessualen Bewältigung von Massenschäden*. München: VVF, 1996.

HASSELBACH, Jena. Der Schutz von Verbandsinteressen vor dem EuGH: Verbandsklage, Streithilfe und amicus-curiae-briefs im System des europäischen Prozeßrechts. *ZZP* 109 (1996): 195-219.

HENTZ, Luiz Antonio Soares. A proteção aos direitos do cidadão e o acesso à justiça. *Revista de Informação Legislativa*, n. 119, p. 97-119.

HODGES, Christopher. *Multi-party actions: a European approach*. Texto e palestra apresentados na Conferência sobre *class actions*, Genebra, jul. 2000.

HOMBURGER, Adolf und Kötz, Hein. *Klagen Privater im öffentlichen Interesse: Länderbericht zum Recht der Vereinigten Staaten von Amerika zusammen mit einem das deutsche Recht einbeziehenden Generalreferat und einem Bericht über die Diskussion*. Frankfurt am Main: Alfred Metzner, 1975.

HOPT, Klaus J. und Baetge, Dietmar. Rechtsvergleichung und Reform des deutschen Rechts: Verbandsklage und Gruppenklage. In: *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozeß*. Org. Jürgen Basedow et alii. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999.

HOWELLS, Geraint G. Consumer Mass Damages under Common Law. In: *Großschäden: Rechtliche und alternative Regulierungsstrategien im In- und*

Ausland = Complex Damages. Org. Harald Koch e Armin Willingmann. Baden-Baden: Nomos, 1998.

Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. *ElCodigo Procesal Civil Modelo para Iberoamerica: historia-antecedentes-exposicion de motivos.* 2 ed. Montevid u: Funda  o de cultura universit ria, 1997.

JOLOWICZ, J. A.. The protection of diffuse, fragmented and collective interests in civil litigation. In: *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsm  ige Ordnung: Diskussionsberichte zum VII. Internationalen Kongreß für Zivilprozeßrecht Würzburg 1983.* Org. Walther J. Habscheid. Bielefeld: Giesecking, 1985.

KANE, Mary Kay. *Civil procedure in a nutshell.* St. Paul: West, 1991.

KEMPF, Ludwig. Zur Problematik des Musterprozesses. *ZZP* 73 (1960): 342-386.

KIENINGER, Eva-Maria. Die Verbandsklage in Spanien. In: *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozeß.* Org. Jürgen Basedow *et alii.* Tübingen: Mohr Siebeck, 1999.

KILLERBY, Margaret. Die Tätigkeit des Europarates: Die Wirksamkeit und die Gleichheit der Justiz im Hinblick auf die Verbraucher. In: *III. Europäische Konferenz über den Zugang der Verbraucher zur Justiz.* Lisboa: Instituto do Consumidor, 1994.

KLONOFF, Robert H. *Class actions and other multi-party litigation in a nutshell.* St. Paul: West, 1999.

KÖBLER, Gerhard. *Juristisches Wörterbuch: für Studium und Ausbildung*. 9 ed. München: Vahlen, 1999.

KOCH, Harald. Alternativen zum Zweiparteiensystem im Zivilprozeß: Parteiübergreifende Interessen und objektive Prozeßführungsrechte. *KritV* 1989: 323-340.

_____. Class and public interest actions in german law. *Civil Justice Quarterly*.

_____. und Willingmann, Armin. Großschäden und ihre Abwicklung - Einführung in ein interdisziplinäres Forschungsprojekt. In: *Großschäden: Rechtliche und alternative Regulierungsstrategien im In- und Ausland = Complex Damages*. Org. Harald Koch und Armin Willingmann. Baden-Baden: Nomos, 1998.

_____. Group and Representative Actions in West German Procedure. In: *German national reports in civil law matters for the XIIIth Congress of Comparative Law in Montréal 1990*. Org. Erik Jayme. Heidelberg: Müller, 1990.

_____. Haftung für Massenschäden - Recht, Abwicklungspraxis, rechtspolitischer Handlungsbedarf. *Juristen Zeitung* 17 (1998): 801-808.

_____. Internationale Verbandsklage?. *VuR* 1996: 67-68.

_____. *Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozeß: Die class action des amerikanischen Rechts und deutsche Reformprobleme*. Frankfurt am Main: Alfred Metzner, 1976.

_____. und Zekoll, Joachim. Mammutverfahren im amerikanischen und deutschen Zivilprozeß: Sind prozesse amerikanischer Größenordnung in Deutschland vorstellbar?. *RIW - Recht der Internationalen Wirtschaft* 1985: 837-842.

_____. *Prozeßführung im öffentlichen Interesse: Rechtsvergleichende Entwicklungsbedingungen und Alternativen objektiver Rechtsdurchsetzung*. Frankfurt am Main: Alfred Metzner, 1983.

_____. Verbandsklage. *LdR* 76 (1995): 1-11.

KRAMMER, Larry. Choice of law in complex litigation. *New York University Law Review*, v. 71, 1996.

L'HEUREUX, Nicole. Acesso Eficaz à Justiça: Juizado de Pequenas Causas e Ações Coletivas. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 5, p. 5-26, jan./mar. 1993.

LAKKIS, Panajotta. *Der kollektive Rechtsschutz der Verbraucher in der Europäischen Union*. Bielefeld: Ernst und Werner Giesekeing, 1997.

LAVIÉ, Humberto Quiroga. *El amparo colectivo*. Buenos Aires: Rubinzal, [s.d.].

LEAL, Márcio Flávio Mafra. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

LEIPOLD, Dieter. Die Verbandsklage zum Schutz allgemeiner und breitgestreuter Interessen in der Bundesrepublik Deutschland. In:

Effektivität des Rechtsschutzes und verfassungsmäßige Ordnung. Org. Peter Gilles. Köln, 1983. 57-104.

_____. Neuer Zivilrechtlicher Verbraucherschutz in der Bundesrepublik Deutschland. *Nihon Hogaku* (Journal of Law), Vol. 42, Nr. 4 (1977).

LEITE, Eduardo de Oliveira. *A monografia jurídica*. 3 ed. São Paulo: RT, 1997.

LEVIN, A. Leo, SHUCHMAN, Philip e CHARLES, Yablon M. *Civil procedure: cases and materials*. 2^a ed.. New York: Foundation, 2000.

LINDACHER, Walter F. Zur Sonderprozeßrechtsnatur der lauterkeitsrechtlichen Verbands-und Konkurrentenklage sowie der Verbandsklage nach dem AGB-Gesetz". *ZZP* 103 (1990): 397-412.

LINDBLOM, Per Henrik. Group actions in Civil Procedure in Sweden. *A national report for the XIII international congress of comparative law*. Montreal: august 19-25, 1990.

_____. *Grupptalan: Det Anglo-amerikanska class actioninstitutet ur sveskt perspektiv*. Stockholm: Norstedts, 1989.

_____. Individual litigation and mass justice: a swedish perspective and proposal on group actions in civil procedure. *American Journal of Comparative Law*, v. 45, 1997.

_____. The protection of difuse, fragmented and collective interests in civil litigation in Sweden. In: *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung: Die Generalberichte zum VII. Internationalen Kongreß für*

Prozeßrecht. Org. Walther J. Habscheid. Bielefeld: Gieseking, 1983. 101-135.

MACEY, Jonathan R. e MILLER, Geoffrey P. The plaintiff's attorney's role in class action and derivative litigation: economic analysis and recommendations for reform. *The University of Chicago Law Review*, v. 58, winter 1991.

MAHOMED, I. (org). *The recognition of class actions and public interest actions in south African law*. Relatório da Comissão de Direito da África do Sul, apresentado na Conferência de Geneva, em julho de 2000, promovido pela Duke University.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. Defesa do Consumidor: Reflexões acerca da Eventual Concomitância de Ações Coletivas e Individuais. *Revista dos Tribunais*, n. 676, p. 34-38, fev. 1992.

_____. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

_____. Sobre a legitimação do Ministério Público em matéria de interesses individuais homogêneos. In: *Ação Civil Pública - Lei 7.347/85: Reminiscências e Reflexões após Dez Anos de Aplicação*, org. Édis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MANN, Roger. Die Anerkennungsfähigkeit von US-amerikanischen class-action-Urteilen". *NJW* 1994: 1187-1189.

MARCUS, Richard L., REDISH, Martin H. e SHERMAN, Edward F. *Civil procedure: a modern approach*. 3ª ed. St. Paul: West, 2000.

_____. e SHERMAN, Edward F. *Complex litigation: cases and materials on advanced civil procedure*. 3ª ed.. St. Paul: West, 1998.

MARK, Jürgen. Amerikanische Class Action und deutsches Zivilprozeßrecht. *EuZW* 1994: 238-242.

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à adequada tutela jurisdicional. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, n. 663, jan. 1991.

_____. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. Observações a partir de uma visão da ideologia no processo civil. *Revista Jurídica*. Curitiba: Faculdade de Direito de Curitiba, n. 7, 1993.

_____. O procedimento comum clássico e a classificação trinária das sentenças como obstáculos à efetividade da tutela dos direitos. *Revista do TST*. Brasília: Síntese, a. 65, n. 1, out.-dez. 1999.

_____. *Tutela específica (arts. 461, CPC e 84, CDC)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. *Tutela inibitória (individual e coletiva)*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAROTZKE, Wolfgang. Rechtsnatur und Streitgegenstand der Unterlassungsklage aus § 13 UWG: Zur Problematik des parallelen oder zeitversetzten Vorgehens mehrerer Berechtigter gegen dieselbe Person. *ZZP* 98 (1985): 160-199.

_____. *Von der schutzgesetzlichen Unterlassungsklage zur Verbandsklage*. Tübingen: Mohr, 1992.

MARTINELLO, Paolo. Der Zugang des Verbrauchers zur Justiz. In: *III. Europäische Konferenz über den Zugang der Verbraucher zur Justiz*. Lisboa: Instituto do Consumidor, 1994.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A ação civil pública. *Revista Forense*, n. 315, p. 27-32, jul./set. 1991.

_____. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. Interesses coletivos e difusos. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, n. 668, jun. 1991.

MCKEE, S. Gordon. Class actions in Canada: a potentially momentous change to canadian litigation. *The Fraser Institute*. Out. 1999.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Causas Perdidas. *Gazeta do Povo*, 18 jul. 1995.

_____. *Competência Cível da Justiça Federal*. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Kollektiver Rechtsschutz im Prozessrecht und kollektive Klagen in Deutschland und Brasilien*. Dissertação de mestrado. Frankfurt am Main: Johann Wolfgang Universität, 2000.

_____. Mercosul. *Revista de jurisprudência da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Seção Judiciária do Rio de Janeiro, n. 7, 2000.

_____. Problemas e reforma do Poder Judiciário no Brasil. *Revista da Escola de Magistratura Regional Federal*. Rio de Janeiro: Escola de Magistratura Regional Federal, n. 2, 2000.

MERTENS, Hans-Joachim. Kollektivrechtlicher Schadensersatz als Mittel des Verbraucherschutzes: Überlegungen zur Einführung eines kollektivrechtlichen Schadensersatzanspruchs im Rahmen von § 3 UWG. *ZHR* 139 (1975): 438-475.

MICKLITZ, Hans-W. Verbandsklage und die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln. *ZIP* 1998: 937-944.

MILARÉ, Édís (org.). Ação Civil Pública - Lei 7.347/85: Reminiscências e Reflexões após Dez Anos de Aplicação, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

- MILLER, Arthur R. Of Frankstein monsters and shining knights: myth, reality, and the class action problem. *Harvard Law Review*, v. 92, 1979.
- MILLER, Geoffrey P. Overlapping class actions. *New York University Law Review*, v. 71, 1996.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Ação civil pública em defesa do meio ambiente: a questão da competência jurisdicional. In: *Ação civil pública: Lei 7.347/1985 – 15 anos* (coord. Édis Milaré). São Paulo : RJ, 2001.
- _____. A coisa julgada nas ações para tutela de interesses difusos. *Revista dos tribunais*. São Paulo: RT, n. 631, maio 1988.
- MORAES, Voltaire de Lima. Ação civil pública. In: *Ação Civil Pública - Lei 7.347/85: Reminiscências e Reflexões após Dez Anos de Aplicação*, org. Édis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- MORAWETZ, Nancy. Underinclusive class actions. *New York University Law Review*, v. 71, 1996.
- MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa. A Defesa do Consumidor em Juízo. *Revista de Processo*, n. 61. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 178-186, jan./mar. 1991.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ação Civil Pública. *Revista Trimestral de Direito Público* n. 3. São Paulo: Malheiros, p. 187-203, 1993.

- _____. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. In: *Temas de Direito Processual: primeira série*. São Paulo: Saraiva, p. 110-123, 1988.
- _____. Ação civil pública e programação da TV. In: *Ação Civil Pública - Lei 7.347/85: Reminiscências e Reflexões após Dez Anos de Aplicação*, org. Édis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- _____. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo* n. 61. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 187-200, jan./mar. 1991.
- _____. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária, In: *Direito Processual Civil (Ensaio e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.
- _____. La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos (Un aspecto de la experiencia brasileña). In: *Temas de Direito Processual: quinta série*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- _____. Uma novidade: o Código de Processo Civil inglês. In: *Temas de Direito Processual: sétima série*. São Paulo: 2001.
- _____. A legitimação para a defesa dos “interesses difusos” no direito brasileiro. In: *Temas de Direito Processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.
- _____. *O novo processo civil brasileiro*. 21 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Problemas da ação popular. In: *Direito Processual Civil (Ensaio e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. A proteção jurídica dos interesses coletivos. In: *Temas de Direito Processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Substituição das partes, litisconsórcio, assistência e intervenção de terceiros. In: *Estudos sobre o novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1974.

_____. Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos. In: *Temas de Direito Processual: terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

MORELLO, Augusto M. *La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino: legitimaciones, medidas cautelares, trámite y efectos del amparo colectivo*. La Plata: Platense, 1999.

MORELLO, Augusto M. & STIGLITZ, Gabriel. *Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos*. La Plata: Platense, 1986.

MUSIELAK, Hans-Joachim. *Grundkurs ZPO*. München: Beck, 1998.

NEIVA, José Antônio Lisboa. A competência na ação civil pública e na ação popular – breves considerações. *Revista AJUFE*, n. 171, p. 38-43, jul./set. 1995.

NERY JÚNIOR, Nelson. O Ministério Público e as ações coletivas. In: *Ação Civil Pública - Lei 7.347/85: Reminiscências e Reflexões após Dez Anos de Aplicação*, org. Édis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6 ed. São Paulo: RT, 2000.

_____. O Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor, *Revista de Processo*, n. 61. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 24-35, jan./mar. 1991.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto Nunes. *Manual da monografia jurídica*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. *O Código de Defesa do Consumidor e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Saraiva, 2000.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. A ação coletiva de responsabilidade civil no Direito Brasileiro. *Revista da OAB*, n. 56, p. 59-79, jan./abr. 1992.

OLIVEIRA, Flávio Luís. As tutelas diferenciadas e o sistema de produção capitalista. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba: Faculdade de Direito da UFPR, a. 29, n. 29, 1996.

OLIVEIRA, Juarez de (Coord.). *Comentários ao CDC*, São Paulo: Saraiva, 1991.

OLIVEIRA JR., Waldemar Mariz de. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos. *Revista de processo*. São Paulo: RT, n. 33.

PACHECO, José da Silva. *O mandado de segurança e outras ações constitucionais típicas: mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, “habeas data”, mandado de injunção, ação de inconstitucionalidade, ações constitucionais de responsabilidade civil, ação popular*. 2. ed. São Paulo: RT, 1991.

- PALACIO, German Sarmiento. *Las acciones populares en el derecho privado colombiano*. Bogotá: Banco de la República, 1988.
- PAPALOUKA, Kéti. Der Zugang der Verbraucher zur Justiz in Griechenland. In: *III. Europäische Konferenz über den Zugang der Verbraucher zur Justiz*. Lisboa: Instituto do Consumidor, 1994.
- PARDOLESI, Roberto. Il problema degli interessi collettivi e i problemi dei giuristi. In: *Le azioni a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio* (Pavia, 11-12 giugno 1974). Pádua: CEDAM, 1976.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. Substituição Processual e Interesses Difusos, Coletivos e Homogêneos. Vale a Pena Pensar de Novo? *ADV Advocacia Dinâmica: Seleções Jurídicas*, p. 25-31, mar. 1993.
- PAUL, Wolf. Sindicatos, conflitos coletivos e Justiça do Trabalho na Alemanha, *Revista da Anamatra*, n. 24, 1995.
- PERIN Junior, Ecio. Aspectos relevantes da tutela coletiva do consumidor no direito italiano em face do direito comunitário europeu. *Revista de direito do consumidor*. São Paulo: RT, n. 38, abr.-jun. 2001.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A natureza jurídica do direito individual homogêneo e sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à Justiça*. Tese, UERJ, 2000.
- PINTO, Robson Flores. As ações coletivas para a tutela dos direitos individuais homogêneos no Código de Defesa do Consumidor. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 42, dez. 1994.

PISANI, Andréa Proto. Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o più esattamente superindividuali) innanzi al giudice civile ordinario. In: *Le azioni a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio* (Pavia, 11-12 giugno 1974). Pádua: CEDAM, 1976.

_____. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3 ed. Nápoles: Jovene, 1999.

PUTTFARKEN, Hans-Jürgen & FRANKE, Nicole. Die action civile der Verbände in Frankreich. In: *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozeß*. Org. Jürgen Basedow *et alii*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999.

RAMOS, João Gualberto Garcez & MACEDO, Rui Riquelme. Ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente pela Petrobrás. *Boletim dos Procuradores da República*, ano III, n. 34, fev., 2001.

REHBINDER, Eckard. Argumente für die Verbandsklage im Umweltrecht. *ZRP* 1976: 157-165.

REIFNER, Udo. Kollektiver Rechtsgebrauch: Die Massenklagen der IG-Metall gegen die Aussperrung. *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2 (1981): 88-113.

REINEL, Peter. *Die Verbandsklage nach dem AGBG: Voraussetzungen, Entscheidungswirkungen und dogmatische Einordnung*. Köln: Heymanns, 1979.

- RESNIK, Judith, CURTIS, Tennis E. e HENSLER, Deborah R. Individuals within the aggregate: relationships, representation, and fees. *New York University Law Review*, v. 71, 1996.
- RIBEIRO, Neves. Acesso dos consumidores à Justiça: algumas dificuldades do sistema jurídico em vigor; propostas de solução. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 12, p. 5-11, out./dez. 1994.
- RIBEIRO, Coelho. Die Rechtsanwälte der Europäischen Kommission und der Zugang der Verbraucher zur Justiz. In: *III. Europäische Konferenz über den Zugang der Verbraucher zur Justiz*. Lisboa: Instituto do Consumidor, 1994.
- RODOTÀ, Stefano. Le azioni civilistiche. In: *Le azioni a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio* (Pavia, 11-12 giugno 1974). Pádua: CEDAM, 1976.
- ROMY, Isabelle. Massenschäden in der Schweiz. In: *Großschäden: Rechtliche und alternative Regulierungsstrategien im In- und Ausland = Complex Damages*. Org. Harald Koch und Armin Willingmann. Baden-Baden: Nomos, 1998.
- ROSENBERG, David. Individual justice and collectivizing risk-based claims in mass-exposure cases. *New York University Law Review*, v. 71, 1996.
- ROSENBERG, Leo, SCHWAB, Karl Heinz & GOTTWALD, Peter. *Zivilprozessrecht*. 15 ed. München: Beck, 1993.

- ROWE, Thomas D. Beyond the class action rule: an inventory of statutory possibilities to improve the federal class action. *New York University Law Review*, v. 71, 1996.
- RUFFOLO, Ugo. *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore: Il problema e il metodo – legittimazione, azione e ruolo degli enti associativi esponenziali*. Milão: Giuffrè, 1985.
- RUTHERGLEN, George. Better late than never: notice and opt out at the settlement stage of class actions. *New York University Law Review*, v. 71, 1996.
- SABSAY, Daniel A. El “amparo colectivo” consagrado por la reforma constitucional del 1994. *Cuadernos de análisis jurídico*. Buenos Aires: Felipe Gonzáles Morales, n. 7, abr. 1997.
- SCHÄFER, Hans-Bernd. Anreizwirkungen bei der Class Action und der Verbandsklage. In: *Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozeß*. Org. Jürgen Basedow [u. a.]. Tübingen: Mohr Siebeck, 1999.
- SCHILKEN, Eberhard. *Gerichtsverfassungsrecht*. Köln, Berlin, Bonn, München: Heymann, 1990.
- SCHLOSSER, Peter. Verfahrenskontrolle unangemessener Allgemeiner Geschäftsbedingungen. *ZPR* 1975: 148-151.
- SCHLURMANN, Christa. *Die Class Action im Recht der USA: Ein prozessuales Konzept nach Interessenstrukturen*. Diss. Köln, 1978.

SCHMIDT, Eike. Die AGB-Verbandsklagebefugnis und das zivilistische Anspruchsdenken. *ZIP* 1991: 629-634.

_____. Die Verbandsklage nach dem AGB-Gesetz. *NJW* 1989: 1192-1197.

_____. Struktur- und Kompetenzanforderungen an einen zeitgemäßen Zivilprozeß. *KritV* 1989: 303-322.

SCHMIDT, Karsten. Vierte Kartellrechtsnovelle zwischen Effektivitäts- und Legitimations-problemen. *ZRP* 1979: 38-46.

SCHMIDT, Walter. Rechtsschutz gegen ein Begründungsdefizit bei Verwaltungsentscheidungen über öffentliche Interessen: Zur Problematik von Bürgerklage und Verbandsklage. *DÖV* 17 (1976): 577-584.

SCHNEIDER, Egon. Verfahrensverbund und Verfahrenstrennung (§ 145 ZPO). *MDR* 1 (1974): 7-9.

SCHNEIDER, Hilka. *Class Actions - Rechtspolitische Fragen in den USA und Anerkennung in Deutschland*. Münster: LIT, 1999.

SCHOIBL, Norbert A. Die Verbandsklage als Instrument zur Wahrung „öffentlicher“ oder „überindividueller“ Interessen im österreichischen Zivilverfahrensrecht, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*. 1990.

SCHULTE, Michael. Die kollektive Geltendmachung von Verbraucherschäden im UWG: Eine rechtspolitische und rechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der US-amerikanischen class-action. Göttingen: *WIRe*, 1982.

SCHWARZER, William W. Structuring multiclaim litigation: should rule 23 be revised? *Michigan Law Review*, v. 94, mar. 1996.

SCOCA, Franco Gaetano. La tutela degli interessi collettivi nel processo amministrativo. In: *Le azioni a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio* (Pavia, 11-12 giugno 1974). Pádua: CEDAM, 1976.

SILVA, Wilney Magno de A. *Ação civil pública e controle jurisdicional dos atos administrativos*. Rio de Janeiro: Aldebarã, 1996.

SOUZA, James J. Marins de. Ações Coletivas em Matéria Tributária. *Revista de Processo*, n. 76. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 97-103, out./dez. 1994.

SOUZA, Miguel Teixeira. A tutela jurisdicional do consumo e do ambiente em Portugal. In: *Temas atuais do Direito Processual Ibero-americano: compêndio de relatórios e conferências apresentados nas XVI Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

SPINDLER, Hartmut A. Die amerikanische Institution der class action als Mittel des Konsumentenschutzes – Kuriosum oder Vorbild? In: *Gewerblicher Rechtsschutz – Urheberrecht – Wirtschaftsrecht: Mitarbeiterfestschrift für Eugen Ulmer*. Köln: Carl Heymanns, 1972.

STÜRNER, Rolf. Rechtsprobleme der verbandsmäßig organisierten Massenklage. *JZ* 15/16 (1978): 499-507.

- TARUFFO, Michele. Intervenção oral. In: *Le azioni a tutela di interessi collettivi: atti del convegno di studio* (Pavia, 11-12 giugno 1974). Pádua: CEDAM, 1976.
- TARZIA, Giuseppe. Legittimazione e partecipazione delle associazioni di categoria ai Processi Civili con relevanza collettiva. In: *Participação e processo*, org. Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.
- TEIXEIRA, Carlos Adérito. *Acção popular: em busca de um novo paradigma*. www.diramb.gov.pt.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. A tutela dos interesses coletivos (difusos) no direito brasileiro. *Revista jurídica*. n. 182, dez. 1992.
- THIERE, Karl. *Die Wahrung überindividueller Interessen im Zivilprozeß*. Bielefeld: Giesecking, 1980.
- TOPAN, Luiz Renato. *Ação coletiva e adequação da tutela jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.
- TORRES, Mário José de Araújo. *Acesso à justiça em matéria de ambiente e de consumo – legitimidade processual*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1996.
- TSANTINIS, Spyros. *Aktivlegitimationen und Prozessführungsbefugnisse von Individuen und Organisationen im UWG-Prozeßrecht*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1995.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *“Class Action” e Mandado de Segurança Coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1990.

URBANCZYK, Reinhard. *Zur Verbandsklage im Zivilprozess*. Köln: Heymann, 1981.

VADELL, Lorenzo-Mateo Bujosa. *La proteccion jurisdiccional de los intereses de grupo*. Barcelona: J. M. Bosch, 1995.

VASCONCELOS, Regina Maria de Oliveira. O sindicato como substituto processual, a litispendência e a coisa julgada à luz do devido processo legal e do direito subjetivo de ação. *Revista de Direito do Trabalho*, nº. 81, p. 57-58, mar. 1993.

VENTURI, Elton. Apontamentos sobre o processo coletivo, o acesso à justiça e o devido processo social. *Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*, n. 4, p. 24-56, jul. 1995.

_____. *Execução da tutela coletiva*. São Paulo: Malheiros, 2000.

VESCOVI, Enrique. La participación de la sociedad civil en el proceso. La defensa del interés colectivo y difuso. Las nuevas formas de legitimación. In: *Estudos de direito processual em memória de Luiz Machado Guimarães*, coord. José Carlos Barbosa Moreira. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. A Lei nº 9.494, de 10.09.97 e a Nova Disciplina da Coisa Julgada nas Ações Coletivas: Inconstitucionalidade.

Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos - Divisão Jurídica, Bauru, ITE, n. 23, ago./nov. 1998.

_____. *Tutela Jurisdicional Coletiva*. São Paulo, Atlas, 1998.

VIGORITI, Vincenzo. *Interessi collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milão: Giuffrè, 1979.

_____. *Metodi e prospettive di una recente giurisprudenza in tema di interessi diffusi e collettivi. Giurisprudenza italiana*, n. 305, IV, 1980.

von BAR, CHRISTIAN. Empfehlen sich gesetzgeberische Maßnahmen zur rechtlichen Bewältigung der Haftung für Massenschäden? In: *Verhandlungen des Zweiundsechzigsten deutschen Juristentages*. Munique: C. H. Beck'sche, 1998.

von FALCKENSTEIN, Roland. Die Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken durch Verbraucherverbände: Verbraucherreklamationen - Verbandsklage - Haftung der Verbände. Köln: Bundesanzeiger, 1977.

von METTENHEIM, Christoph. *Der Grundsatz der Prozessökonomie im Zivilprozeß*. Frankfurt am Main: Duncker & Humblot, 1968.

WATANABE, Kazuo. Apontamentos sobre: Tutela jurisdicional dos interesses difusos – (Necessidade de processo dotado de efetividade e de aperfeiçoamento permanente dos juízes e apoio dos órgãos superiores da Justiça em termos da infra-estrutura material e pessoal). In: *Ação Civil Pública - Lei 7.347/85: Reminiscências e Reflexões após Dez Anos de Aplicação*, org. Édis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense.
Revista de processo. São Paulo: RT, n. 67.

WATSON, Garry D. *Class actions in Canada*. Texto e palestra apresentados na Conferência sobre *class actions*, Genebra, jul. 2000.

WILLGING, Thomas E., HOOPER, Laural L. e NIEMIC, Robert J. An empirical analysis of rule 23 to address the rulemaking challenges. *New York University Law Review*, v. 71, 1996.

WIRTH, Gerhard. *Die Klagebefugnis der Verbraucherverbände in § 131^a UWG*. Diss. Tübingen, 1976.

WITZSCH; Günter. Class actions. *JZ* 1975: 277-279.

WOLF, Manfred. *Die Klagebefugnis der Verbände: Ausnahme oder allgemeines Prinzip?* Tübingen: Mohr, 1971.

WOLFMAN, Brian e MORRISON, Alan B. Representing the unrepresented in class actions seeking monetary relief. *New York University Law Review*, v. 71, 1996.

WOOLF, Lord M. R. *Final Report on access to justice*. Jul. 1996.

YARSHELL, Flávio Luiz. Observações a Propósito da Liquidação na Tutela de Direitos Individuais Homogêneos. In: *Atualidades sobre Liquidação de Sentença*, coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: RT, 1997.

YAZELL, Stephen C. *From Medieval group litigation to the modern class action*. New Haven: Yale University Press, 1987.

ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de Direitos Coletivos e Defesa Coletiva de Direitos. *Revista Forense*, nº. 329, p. 147-160, 1995.

_____. Ministério Público e Defesa de Direitos Individuais Homogêneos. *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 7. São Paulo: Malheiros, p. 148-158, 1994.

ZEKOLL, Joachim. Prozeßrechtliche Instrumente bei der Bewältigung von Großschäden in den USA. In: *Großschäden: Rechtliche und alternative Regulierungsstrategien im In- und Ausland = Complex Damages*. Org. Harald Koch und Armin Willingmann. Baden-Baden: Nomos, 1998.