



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS – PUC  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, RELAÇÕES INTERNACIONAIS  
E DESENVOLVIMENTO - MESTRADO

WALÉRIO MAGALHÃES BANDEIRA

**ESTUDO SOBRE NOVOS MEIOS DE EFETIVIDADE NO PROCESSO  
COLETIVO PELA ANÁLISE COMPARADA ENTRE O ATUAL  
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E O CÓDIGO MODELO  
DE PROCESSOS COLETIVOS PARA A IBERO-AMÉRICA**

Goiânia  
2013

WALÉRIO MAGALHÃES BANDEIRA

**ESTUDO SOBRE NOVOS MEIOS DE EFETIVIDADE NO PROCESSO  
COLETIVO PELA ANÁLISE COMPARADA ENTRE O ATUAL  
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E O CÓDIGO MODELO DE  
PROCESSOS COLETIVOS PARA A IBERO-AMÉRICA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do Grau de Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás – PUC, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Professor Doutor Gil César Costa de Paula.

Goiânia  
2013

Dados Internacionais de Catalogação da Publicação (CIP)  
(Sistema de Bibliotecas PUC Goiás)

Bandeira, Walério Magalhães.

B214e Estudo sobre novos meios de efetividade no processo coletivo pela análise comparada entre o atual ordenamento jurídico brasileiro e o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América [manuscrito / Walério Magalhães Bandeira. – Goiânia, 2014.

100 f. ; 30 cm.

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Programa de Mestrado em Genética, 2014.

“Orientador: Prof. Dr. Gil César Costa de Paula”.

Bibliografia.

1. Direitos Transindividuais. 2. Efetividade do Processo. 3. Código Modelo. 4. Estudo Comparado. I. Título.

CDU 34(043)

WALÉRIO MAGALHAES BANDEIRA

**ESTUDO SOBRE NOVOS MEIOS DE EFETIVIDADE NO PROCESSO  
COLETIVO PELA ANÁLISE COMPARADA ENTRE O ATUAL  
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E O CÓDIGO MODELO DE  
PROCESSOS COLETIVOS PARA A IBERO-AMÉRICA**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do Grau de Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás – PUC, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Professor Doutor Gil César Costa de Paula.

Aprovada em 09/12/2013

Banca Examinadora

.....  
Professor Doutor Gil César Costa de Paula.

.....  
Professor Doutor José Antônio Tietzmann e Silva

.....  
Professor Doutor Carlos Henrique Linares

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço antes de tudo a Deus pela realização de mais uma conquista, apesar dos percalços. À minha mãe Edy Lamar, pelo apoio aos estudos nas horas difíceis e, principalmente, pelo silencioso exemplo de fé, persistência, bom caráter e natural retidão. A meu pai, por sua presença amiga em minha infância.

À vó Dora, sempre.

A Walério Filho, meu zêlo constante, que me incentiva espontaneamente a tentar ser uma pessoa melhor.

Pelo constante carinho recebido e nutrição afetiva recíproca permanente, aos meus queridos irmãos Júnior e Magda, e aos meus amados sobrinhos Mariana, Gabriel, Bibi, Murilo e Rodrigo (nomes dispostos pela ordem de chegada).

A todos que, direta ou indiretamente contribuíram na consecução deste singelo trabalho.

## RESUMO

Iniciada na Inglaterra, na segunda metade do século XVIII, a Revolução Industrial deu ensejo a uma mudança radical na sociedade, fazendo surgir gradativamente em todo mundo as chamadas relações de massa, com o advento da produção e circulação de bens e serviços em larga escala, o que afetou, direta ou indiretamente, a vida de centenas, milhares ou até milhões de pessoas, por vezes em razão de um único ato ou fato jurídico, pondo em evidência a necessidade da tutela dos chamados direitos transindividuais ou coletivos “*lato sensu*”, o que fez surgir o movimento jurídico conhecido como a “segunda grande onda do direito”: a da tutela dos direitos coletivos (a primeira onda tratou do acesso pelos “pobres” à justiça por meio da assistência judiciária). O presente trabalho segue o movimento da “terceira grande onda”, que visa identificar os escolhos para a efetividade do processo coletivo e, para alcançar tal desiderato, serão analisados os seguintes pontos: a) o devido acesso à justiça, com a entrega do bem da vida pela correta representação dos tutelados; b) a imprescindibilidade de um novo papel, mais ativo e humanizado, do juiz; c) o alargamento da noção de coisa julgada e d) dos meios coercitivos eficientes para o devido cumprimento das obrigações, a fim de se realizar a entrega da tutela jurisdicional. Para alcançar tal desiderato, toma-se como base as inovações trazidas no “Anteprojeto do Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América”, inovador trabalho elaborado por doutrinadores de escol dos países interessados, sob direção de eminentes doutrinadores brasileiros. O presente trabalho trata, assim, de um estudo comparado do homenageado anteprojeto com o ordenamento jurídico pátrio, objetivando, por meio de uma abordagem crítica, delinear os problemas existentes no atual sistema jurídico brasileiro, a fim encontrar respostas ou rotas que os solucionem.

**Palavras-chaves:** Direitos Transindividuais; Efetividade do Processo; Código-Modelo; Estudo Comparado.

## ABSTRACT

Started in England in the second half of the eighteenth century , the Industrial Revolution gave rise to a radical change in society , giving rise gradually worldwide relations of mass, with the production and distribution of goods and services on a large scale , affecting the lives hundreds , thousands or millions of people, sometimes by a single act or legal fact , highlighting transindividual or collective and hence giving rise to the "second great wave of law" rights , which is the protection of collective rights ( the first wave focused on providing access from " poor " to justice through legal aid ) . This work follows the movement of the " third great wave " , which aims to identify the pitfalls for the effectiveness of collective process , and to achieve this objective should be analyzed: a) proper access to justice , with the delivery of the good life by correct representation of the trust b ) the essential exercise a more active role of the judge and humanized c ) the extension of the concept of res judicata ed ) on the effective coercive means for the proper fulfillment of obligations . To achieve this aim , we build on the innovations brought about by the "Preliminary Draft Model Code of Collective Processes for Ibero - America," written by Brazilian Scholars , in a comparative study with the national legal system , for, through a critical approach delineate problems in national legal system , finally finding answers that solve .

**Keywords:** Trans Rights; Process Effectiveness; Model Code; Comparative Study.

# SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>CAPÍTULO I .....</b>	<b>.....</b>
<b>DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS OU COLETIVOS <i>LATO SENSU</i> .....</b>	<b>19</b>
1.1 Noções Gerais.....	19
1.2 Histórico e Conceitos de Direito Transindividual e Direito Processual Coletivo .....	19
1.3 Classificação dos Direitos ou Interesses Transindividuais.....	25
1.3.1 Interesses difusos .....	25
1.2.2 Direitos ou interesses coletivos <i>stricto sensu</i> .....	27
1.3.3 Direitos ou interesses individuais homogêneos.....	29
1.3.4 Classificação dos direitos transindividuais previstos no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América.....	31
<b>CAPÍTULO II .....</b>	<b>.....</b>
<b>DA ADMISSÃO DO PROCESSO .....</b>	<b>34</b>
2.1 Noções Introdutórias.....	34
2.2 Da Influência das <i>Class Actions</i> Norte-Americanas no Direito Brasileiro .....	36
2.3 Da Legitimação Ativa nas Ações Coletivas <i>Lato Sensu</i> (da Admissão ao Processo – Ingresso em Juízo).....	38
2.3.1 Legitimação concorrente ou exclusiva, conjuntiva ou disjuntiva?.....	41
2.3.2 Da natureza da legitimação .....	42
2.3.2.1 Da Legitimação Extraordinária Proposta por Barbosa Moreira .....	46
2.3.3 Análise comparada sobre “a admissão do processo” (legitimidade para ingresso em juízo) entre o “Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América” e o direito pátrio da admissão ou não da pessoa física como legitimado ativo .....	48
2.3.3.1 Reflexões de doutrinadores contrários à legitimação da pessoa física nas ações coletivas..	49
2.3.3.2 Reflexões de doutrinadores favoráveis à legitimação da pessoa física nas ações coletivas..	52
2.3.3.3 Análise da proposta de legitimação da pessoa física nas ações coletivas com base no Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América.....	57
<b>CAPÍTULO III .....</b>	<b>.....</b>
<b>DO MODO DE SER DO PROCESSO – DA COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS – ESTUDO COMPARADO .....</b>	<b>71</b>
3.1 Noções introdutórias.....	71
3.2 Inovações do Instituto da Coisa Julgada trazidas pelo “Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América” .....	72



3.3 Alguns Exemplos de Coisa Julgada Coletiva .....	78
<b>CAPÍTULO IV.....</b>	<b>80</b>
<b>DA JUSTIÇA E DA UTILIDADE DAS DECISÕES .....</b>	<b>80</b>
4.1 Da Justiça das Decisões (Do papel do Juiz no procedimento coletivo previsto no Código – Modelo).....	80
4.1.1 Fase postulatória .....	81
4.1.2 Audiência preliminar – decisão de saneamento .....	84
4.1.3 Da fase probatória e sentencial .....	85
4.2 Da Utilidade das Decisões .....	87
4.2.1 Da tutela antecipada .....	88
4.2.2 Da sentença executiva lato <i>sensu</i> – cumprimento das obrigações de fazer e não fazer ou dar coisa diferente de dinheiro .....	90
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>93</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>96</b>
<b>ANEXOS.....</b>	<b>101</b>

## INTRODUÇÃO

Sofrendo as consequências das céleres mudanças conjunturais advindas da Revolução Industrial no século XVIII e sedimentadas no século XIX, o século XX presenciou profunda modificação em sua realidade socioeconômica. Enquanto no século XIX, as relações sociais eram basicamente individualistas e os ordenamentos jurídicos dos diversos países eram instrumentalizados para solucionar conflitos embasados exclusivamente do binômio direito público-privado, o século findo viu surgir, logo em seu dealbar, as chamadas **economias de massa**, por uma série de razões, dentre elas, a criação e aperfeiçoamento da tecnologia (em seu sentido *lato*) e conseqüente popularização e acesso a vários inventos, que tiveram, entre outros desdobramentos positivos, o aumento da qualidade e da expectativa de vida, com o conseqüente crescimento das populações.

As inúmeras e novas descobertas na área do transporte, como a do avião, e das comunicações, como a invenção do telégrafo e do telefone, encurtou distâncias e proporcionou transferência de tecnologia em escala global, estabelecendo relações comerciais intercontinentais, o que fez naturalmente surgir grandes indústrias multinacionais, inicialmente nos países ricos e posteriormente em países hoje denominados emergentes, como o Brasil, fartos em mão de obra barata, em resposta ao surgimento de novos mercados, afetando direitos em massa, como o direito ao meio ambiente saudável, trabalhistas e nas relações coletivas de consumo.

Com o “encurtamento” das distâncias, descobertas de lustros precedentes, e as que se seguiram, tornaram-se objeto de interesse para inúmeras coletividades, aumentando a demanda de bens facilitadores da existência. Dentre tais invenções, mencionamos entre as mais relevantes: a lâmpada elétrica (invento este incrivelmente inspirado, de forma concomitante, no ano de 1879, por Thomas Alva Edison, nos Estados Unidos e Sir Joseph Wilson Swan, na Inglaterra, que não estabeleciam entre si qualquer contato!), invento que possibilitou, no século seguinte, a extensão da jornada diária de trabalho, gerando aumento da produção e levando ao aumento da oferta com o barateamento dos preços dos produtos e conseqüente acréscimo no consumo, obrigando governos a fomentar às suas populações amplo acesso à energia elétrica, bem que passou a ser essencial à

sociedade e dever do Estado; o avião, invenção do brasileiro Alberto Santos Dumont que, em 1906, foi o primeiro a conseguir decolar, planar e aterrissar seu 14 Bis, inaugurando uma nova realidade no transporte de pessoas e bens, impactando para sempre nossas vidas e as relações comerciais entre os Estados; também, a penicilina, pelo biólogo Francês Alexander Fleming, em 1928 (somente sendo usada em humanos em 1940), salvando milhões de vidas e inaugurando nova fase na humanidade, ao aumentar a expectativa de vida das populações em todo mundo; a televisão, em 1923 (sendo a TV em cores em 1928), presente hoje em bilhões de lares, pelo escocês Logie Baird, que conseguiu transformar sons e imagens em eletricidade, inaugurando uma nova fase na propaganda e na oferta de produtos; pouco depois, o lançamento em órbita do satélite Sputnik em 1957 pela então União Soviética e, mais recentemente, em 1976, o computador doméstico, pelos norte americanos Steve Jobs e Steve Wozniac desenvolveram na garagem da casa de Jobs o primeiro microcomputador, o Apple I, começando a vender já no ano seguinte para o mundo inteiro o Apple II, o que viabilizou, em 1983, o surgimento da *internet*, que já havia sido concebida a partir dos estudos estabelecidos em quatro universidades norte-americanas que já estabeleciam contatos entre si, via *e-mail* pela *intranet* desde 1969 (MAIA, 2008) (CHALLONER, 2014).

Assim, em decorrência a todos os avanços ocorridos, o século transcorrido trouxe ao mundo nova realidade: o aumento da qualidade e da expectativa de vida e, por consequência, da população, juntamente com o acesso à tecnologia em massa para fins comerciais, ensejando o crescimento da produção industrial a menor custo, atingindo cada vez mais facilmente e em número cada vez maior seu destinatário final – o indivíduo, sua família, uma coletividade, uma região, ou toda uma cidade, em decorrência do desenvolvimento e disseminação de mais eficientes meios de transporte para fins comerciais e da comunicação sem fronteiras, com amplo acesso a bens de consumo, conseqüente de sua ampla e variada oferta, a ponto de, hodiernamente, neste século XXI, presenciarmos a massificação das transações comerciais instantâneas além fronteiras, estando hoje todo o globo interligado pela rede mundial de computadores quanto à “novidade tecnológica da semana” ou do ocorrido nos últimos segundos.

Conforme se observa, os direitos transindividuais surgiram sem que houvesse no arcabouço jurídico das nações meios processuais adequados à tutela de tais direitos. Encontramos no direito anglo-americano o berço dos dissídios coletivos,

tendo o primeiro caso ocorrido em torno do ano de 1199, na Inglaterra. Entretanto, a tutela dos interesses coletivos no período moderno surge neste país do século XVIII em diante. No direito norte-americano, que também faz parte do chamado sistema *common law*, que se baseia nos chamados precedentes judiciais, teve o seu primeiro caso, *West v. Randall*, ocorrido em 1820 (MENDES, 2010).

O Brasil, por sua vez, foi um dos precursores dentre os países de *civil law*, na criação e implementação dos processos coletivos (GRINOVER, 2007), a partir da segunda metade do século XX, com a elaboração de vários diplomas, como a Lei de Ação Popular (Lei 4717/65), que legitima o cidadão comum a pleitear em juízo pelos direitos difusos ligados ao patrimônio ambiental. Posteriormente adveio a Lei nº 6.938/81 que titularizou o Ministério Público para as ações ambientais de responsabilidade penal e civil e, finalmente, com o advento da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.387/85), seguidas das alterações advindas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, passou-se a ter uma proteção completa dos direitos metaindividuais, tutelando-se os direitos de grupo ou classe de pessoas, sejam estes difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Por fim, com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8078/85), que contém em si a parte referente a direitos coletivos, criou-se um microssistema de direitos transindividuais.

Desta forma, paralelamente ao desenvolvimento das relações de massa e aumento da produção e consumo, e com maior acesso das populações à informação que as conscientizou de seus direitos, passa-se a ser tema de grande interesse social a questão da proteção dos direitos coletivos (meio ambiente, relações de consumo, pactos trabalhistas), em razão da noção mais avançada da necessidade de se conciliar os equilíbrios social, econômico e ambiental. Tal se dera ainda mais em decorrência da crescente *judicialização das relações sociais*, que foi recrudescida com a inovações trazidas pela Emenda Constitucional 45/2004, advinda do estabelecido no Pacto Republicano de Reforma do Judiciário firmado entre os Três Poderes, que inseriu em nossa Lei Maior o princípio da razoável duração do processo, visando a efetividade da tutela jurisdicional, tempestiva, adequada e eficaz, de maneira que o processo passe a ser efetivamente um meio verdadeiramente adequado para o exercício da cidadania.

Assim, com o referido avanço no texto constitucional, a população vem conscientizando-se de sua cidadania e de seus direitos, procurando alcançar meios de legitimar-se, visando a obtenção da tutela dos interesses transindividuais, como,

por exemplo, ao meio ambiente, com o desiderato defendê-lo quanto à poluições do solo, ar e água, proteção da fauna e flora, contra o esgotamento dos recursos naturais, quanto a destinação final de resíduos tóxicos, a poluição visual nas grandes cidades, preservação de sítios arqueológicos, do patrimônio histórico e cultural, entre outras questões de natureza ambiental.

Entretanto, a alteração no contexto econômico e social não foi acompanhada de imediato pela evolução e adequação de nosso ordenamento jurídico à nova realidade, pois, se o conteúdo normativo mostrou-se adequado à época em que fora concebido, quando vigia uma sociedade cujos direitos materiais controvertidos eram preponderantemente individuais, e a efetivação do processo dava-se por meio de um direito processual civil desenhado para a adequação do direito objetivo a casos concretos relacionados apenas a interesses privados, demonstrou-se, em surgindo os direitos ou interesses de massa, ser insuficiente, insubsistente, ou, por vezes, até inócuo, não conseguindo frequentemente solucionar a crise jurídica posta à sua justa análise, por haver se tornado inadequado para a consecução da efetiva pacificação social, por meio da real e efetiva entrega da tutela coletiva, pela fase cognitiva e, posteriormente, em sua realização, na fase executiva.

Passou-se a observar, a partir de então, que a simples classificação do direito em público e privado definitivamente não mais era suficiente para retratar todas as variedades de interesses existentes nas relações surgidas em uma sociedade de massa, posto tratar-se de direito objetivo novo, decorrente de interesses que são pertencentes não a uma única pessoa, mas a toda uma coletividade, podendo seus titulares ser pessoas determinadas ou indeterminadas (sendo estas determináveis ou não), de todo um grupo, de uma coletividade, de uma comunidade, ou até da população de determinado lugar.

Desta forma, há interesses que não podem ser considerados públicos, pois não pertencem ao Estado ou a entes estatais, nem podem ser classificados especificamente como privados, por pertencerem a todo um grupo, uma categoria ou uma coletividade, de forma determinável (como no caso dos interesses coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos) ou indeterminável (no caso dos interesses difusos).

Tal ausência de manancial jurídico adequado para a tutela dos direitos coletivos tornou-se cada vez mais patente e, na segunda parte do século XX, notadamente a partir da década de 1970, começou a ganhar força no Brasil

movimento doutrinário em busca da efetividade do processo, quando o direito material controvertido tratasse de direitos ou interesses coletivos *lato sensu*, visto que o ordenamento jurídico até então não tratava de tais direitos. Desta forma, observando-se que as formas rotineiras de acesso à justiça não eram bastantes para tutelar tais direitos face à nova ordem econômica, foram criados novos institutos de direito material e processual, surgindo daí nova concepção, em que o coletivo passa a preponderar sobre o individual, não somente nas relações consumeristas, mas também nas relações que envolvem o meio ambiente, na elaboração dos contratos e na função social da propriedade, assim como nos direitos indisponíveis de certos grupos, como da criança, do idoso, entre outros, direitos que passaram a ser finalmente resguardados com o advento da Constituição de 1988.

Assim, considerando que o aparato processual civil criado pelo legislador até o terço final do século passado havia sido elaborado visando a efetivação da tutela jurisdicional tendo-se como base apenas a existência do direito público e do direito privado, com o surgimento cada vez maior das relações envolvendo interesses transindividuais, claro fica que acervo de leis processuais mostrou-se incapaz de solucionar tais conflitos, que ficavam simplesmente sem solução, gerando, por vezes, nos dizeres de Watanabe (1985, p. 02-03) a chamada “litigiosidade contida”, em que o prejudicado via-se obrigado a renunciar totalmente ao seu direito, por absoluta impossibilidade de obtê-lo.

Assim, despertados pelo clamor da sociedade, estudos encetados por doutrinadores acabaram por inspirar o legislador e, após período de maturação, finalmente foram acrescentadas ao ordenamento jurídico brasileiro as leis já mencionadas, que passaram a tutelar os direitos transindividuais, sejam difusos, coletivos ou individuais homogêneos: a Lei de Ação Civil Pública - Lei 7.347/85 e o Código de Defesa do Consumidor - Lei 8.078/90 (em seus artigos 81 e seguintes) valendo dizer que tais leis são **reciprocamente complementares** (conforme exposto nos artigos 21 da Lei 7.347/85 e 90 da Lei 8.078/90), trazendo inovações para a época, como a legitimidade ativa “*ad causam*” atribuída a determinados entes representantes da coletividade, meios coercitivos mais efetivos e maior liberdade para o juiz, que a partir daí começou a exercer o papel de **agente social**, na tentativa de proporcionar maior efetividade ao processo, trazendo ainda tais leis uma nova modalidade de coisa julgada.

Todavia, ainda hoje, o ordenamento jurídico interno não conta ainda com um Código Processual Coletivo para tratar de tais assuntos e, apesar de vanguardista no tema direito coletivo, o direito brasileiro, conforme já dito, conta apenas com leis esparsas, sendo as mais relevantes aquelas mencionadas no parágrafo anterior, havendo, assim, largo campo a ser percorrido a fim de se obter meios para uma verdadeira efetividade do processo coletivo, tendo em vista existirem imensas lacunas legais que por vezes inviabilizam que se faça a verdadeira justiça a quem é o maior interessado e destinatário final do equilíbrio e da paz social: a pessoa humana.

Isto posto, o presente trabalho tem por escopo a investigação e análise das causas da atual ineficiência na entrega da tutela jurisdicional em grande parte das ações coletivas, em razão das falhas no atual sistema jurídico brasileiro, chamando especial atenção para a não legitimação da pessoa física para a propositura da ação coletiva, bem como da necessidade de mais efetiva participação do juiz no deslinde do caso sob sua análise.

Partindo desses pressupostos, objetiva o presente trabalho especificamente:

- a) analisar sobre a situação desfavorável do indivíduo, pessoa física, que não tem legitimação para propor ou participar no curso processual de ações coletivas *lato sensu*, apesar de ser ele o destinatário final da tutela pretendida, devendo valer-se, caso queira, da iniciativa das associações, a quem o legislador pretendeu fosse o fiel representante dos entes privados;
- b) demonstrar que as associações, a quem o legislador outorgou apenas a “participação indireta” dos entes privados (não havendo legitimado, como dissemos, a pessoa física), não é responsável sequer por 10% das ações coletivas propostas;
- c) alertar sobre a sobrecarga de atribuições deixadas a cargo do Ministério Público, cujas ações intentadas representam 97% de todas ações coletivas propostas, por vezes em razão da inércia dos demais colegitimados, mas muito pela falha na lei que não legitimou o a pessoa física, a quem caberia a participação direta.
- d) delinear sobre as diferentes espécies de coisa julgada, dando sugestões para maior efetividade do direito pleiteado, visando o bem coletivo;
- e) analisar sobre o papel do juiz como efetivo representante do Estado, devendo passar a atuar mais ativamente, inserindo-se no seio da coletividade onde atua, conscientizando-se de suas mazelas, costumes e necessidades, atribuindo-lhe poderes para agir, quando as circunstâncias exigirem, *ex officio*, tanto na fase postulatória, como na fase de saneamento, probatória e sentencial, podendo

inclusive, para efetiva e correta entrega da tutela jurisdicional a bem da coletividade, determinar a inversão do ônus da prova e permitir a modificação do pedido e da causa de pedir no curso do processo f) estudar, por fim, sobre os meios de “juris-satisfação” das sentenças condenatórias e tutelas antecipadas, a fim de, assim, dar efetividade ao processo coletivo.

Para que os propósitos do presente trabalho alcancem o devido êxito, suscitamos alguns questionamentos a serem respondidos, com o propósito de vislumbrar as lacunas ainda existentes em nosso ordenamento jurídico pátrio no tocante à entrega da tutela jurisdicional coletiva, apesar dos avanços já efetuados nas últimas décadas: a) diante da ineficiência das associações como representantes da sociedade civil, a mudança no ordenamento jurídico pátrio acrescentando o a pessoa física no rol dos legitimados previstos em lei traria benefícios para a pacificação social? b) em caso positivo, a quem caberia a escolha do mais adequado indivíduo para exercer a representatividade adequada, a fim de pautar suas atividades com a melhor representação (esta, no sentido de boa atuação) no desenrolar do procedimento, a lei ou o juiz? c) as diferentes modalidades de coisa julgada (*secundum eventum litis* e *secundum eventum probationis*), conforme o conteúdo probatório obtido, propiciam alcançar mais eficazmente a entrega do “bem da vida”? O Código-Modelo traz algo de novo para alcançar tal desiderato? d) qual o papel a ser exercido pelo magistrado para alcançar a efetiva entrega da tutela pleiteada? e) há no ordenamento jurídico pátrio meios eficientes para efetivação da tutela deferida? Podemos, neste ponto, servir de inspiração a outros países? f) enfim, o Código-Modelo pode contribuir para a evolução normativa referente ao processo coletivo no ordenamento jurídico pátrio?

Esclarece-se que os métodos a serem abordados na presente pesquisa serão: dedutivo-bibliográfico, legislativo e de julgados, tendo sido feitas pesquisas jurisprudenciais referentes aos temas, notadamente nos Tribunais Superiores.

Para melhor desenvolvimento do presente trabalho, considerando tratar-se de direito relativamente novo em nosso ordenamento jurídico, se historicamente observado, necessário se faz um estudo sobre os meios de efetividade do processo coletivo, analisando inicialmente o ordenamento jurídico pátrio atual, e, em seguida, as inovações relevantes trazidas pelos novos modelos de processos coletivos que foram propostos e planejados para este fim, utilizando para alcançar tal desiderato o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, sugerindo, em um



segundo momento, novas mudanças, por meio da análise comparada, quanto aos seus aspectos e relevâncias, sendo este o objetivo central do presente trabalho.

Como se sabe, o direito brasileiro, que tradicionalmente seguiu a linha do ordenamento jurídico do direito romano-germânico, é vanguardista entre as nações que também adotaram a tradição *romanística* (nações latinas e germânicas, como o próprio nome sugere), e vem contribuindo com inúmeros países no avanço de seus ordenamentos jurídicos internos, tanto no âmbito do direito material, como no caso do nosso Código de Defesa do Consumidor (neste, em específico, com contribuição inclusive a países que seguem *common law*, de tradição anglo-americana), quanto às inovações na área do Direito Processual.

Assim, o Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, que vem se empenhando em desenvolver códigos-modelos de processo civil e penal, incumbiu a ilustres doutrinadores e professores brasileiros a tarefa de capitanear a elaboração de um Código-Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. Desta forma, desincumbindo-se eficazmente do importante convite, Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi, entre outros doutrinadores brasileiros, apresentaram, nas XVIII Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual, ocorrida em Montevideu, de 16 a 18 de outubro de 2002, o *Anteprojeto de Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América*.

Conforme veremos, o Anteprojeto do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América em estudo teve como base de inspiração a legislação constante no ordenamento jurídico brasileiro, como a Lei de Ação Civil Pública - Lei 7.347/85, o Código de Defesa do Consumidor - Lei 8.078/90, neste especificamente, em seus artigos 81 a 104, e o Código de Processo Civil Brasileiro (como, por exemplo na parte que versa sobre a Tutela de Urgência, e na sentença executiva lato *sensu* nas obrigações de fazer e não fazer e dar coisa diferente de dinheiro), utilizando, assim, o que há de melhor e mais moderno atualmente no direito pátrio, mas, também, trazendo inovações múltiplas que potencializam de substancial efetividade o Processo Coletivo e que poderão servir de objeto de estudo para a elaboração do tão esperado Código Processual Coletivo Brasileiro, munindo-o de meios que alcancem a desejada efetividade do processo.

As inovações contidas no referido Código-Modelo trarão, sem sombra de dúvida, se recepcionadas no ordenamento jurídico pátrio, maior efetividade na entrega da tutela jurisdicional, tendo o presente trabalho por escopo fazer uma

análise comparativa entre as novidades trazidas e contidas neste modelo inovador e o que há atualmente em nossas leis, sugerindo mudanças para efetiva entrega do bem da vida.

Visando atingir o objetivo traçado, que é o encontrar meios que conduzam à efetividade do processo coletivo, utilizar-nos-emos da metodologia utilizada na obra adotada como “marco teórico” (LENZA, 2005), que procura encontrar meios da efetiva entrega da tutela coletiva pela análise do que chamou de os “quatro pontos sensíveis do processo”. São eles: 1) Admissão do processo (ingresso em juízo); 2) O modo-de-ser do processo; 3) A justiça das decisões e 4) A utilidade das decisões.

Assim, o presente trabalho será desenvolvido analisando-se os denominados “quatro pontos sensíveis” para a efetividade do processo. O primeiro ponto a ser abordado, o “*da admissão ao processo*”, analisará sobre a legitimidade para agir no processo coletivo, que visa, como sabemos, efetuar a entrega da tutela jurisdicional em uma sociedade de massa, e sobre quais seriam os representantes mais adequados para representar uma coletividade, sob os aspectos da “participação direta”, intentada pela pessoa física, juntamente com a da tradicional “participação semidireta”, realizada pelos chamados “entes intermediários”, como as associações, Ministério Público, Defensoria Pública, sindicatos, entre outros.

Vale dizer que no sistema adotado pelo ordenamento jurídico pátrio não é cabível a “participação direta”, não sendo possível ao indivíduo que teve seus direitos lesados representar o grupo no qual se insere, por não ter atualmente legitimidade para propor e conduzir uma ação civil pública, (como ocorre nas *class actions* norte-americanas), o que, sem dúvida, aumentaria a possibilidade de êxito se aqueles que estão inseridos em uma coletividade lesada, em obter a tutela pleiteada por meio de ação coletiva, a benefício de seus pares. Assim, veremos que nem sempre quem tem a representatividade adequada (legitimidade para a causa), tem, atualmente a representação adequada (referente à eficaz atuação do legitimado).

No segundo ponto a ser analisado, o “*modo-de-ser do processo*”, serão analisadas as peculiaridades da coisa julgada e sua relativização na ação civil pública, podendo haver coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum eventum probationis*, sugerindo o Código-Modelo importante inovação, em caso de coisa julgada de decisão que, analisando o mérito, julga improcedente o pedido em razão

de prova produzida pela parte requerida, mas possibilitando ao lesado propor a mesma ação em caso do surgimento de nova prova.

No terceiro ponto, “*a justiça das decisões*”, propõe-se uma nova postura do magistrado, que deverá estar mais próximo e consciente da realidade social, política e econômica onde atua, tendo mais liberdade para requerer provas e de conceder tutelas *ex officio*, redimensionar o objeto da demanda, sem, contudo, ferir o princípio da imparcialidade do juiz, pois, imparcialidade, segundo Pedro Lenza (2005, p. 302), “*não se confunde com “neutralidade”, ou comodismo. O juiz deve ter uma participação mais efetiva, especialmente, quando o objeto da discussão envolva bens transindividuais*”. Deste modo, com as mudanças propostas, o juiz passa a ter uma participação mais ativa e efetiva.

Finalmente, o quarto ponto tratará da “*utilidade das decisões*”, ou seja, da tão desejada “verdadeira efetividade do processo coletivo”, com a aplicação eficaz pelo juiz de tutelas de urgência, utilizando-se de meios coercitivos, como as *astreintes*, e de procedimentos eficazmente específicos, adequados à mais eficiente sub-rogação pelo judiciário no cumprimento das obrigações de dar, fazer ou não fazer, tudo visando a implementação da tutela jurisdicional adequada ao caso concreto, pois, conforme os dizeres de Chiovenda sobre a efetividade do processo: “o processo deve dar a quem tem um direito, tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter.”

Assim exposto, encetaremos nosso trabalho com a definição e exemplificação das três modalidades de interesses transindividuais ou coletivos *lato sensu* existentes: os direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

# CAPÍTULO I

## DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS OU COLETIVOS *LATO SENSU*

### 1.1 Noções Gerais

Para alcançarmos o objetivo do presente trabalho, que é o de encontrar soluções para a efetividade do processo civil coletivo, imprescindível a compreensão do objeto material em análise: os direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos. Necessário é, assim, a fixação de seus conteúdos visando sua plena compreensão, a fim de podermos, de forma clara, visualizar os aspectos a serem superados dentro do processo e procedimento coletivo *lato sensu*.

Assim, para atingirmos a meta traçada, e visando maior clareza didática, exporemos o assunto neste capítulo na seguinte ordem: a) primeiro, faremos um breve esboço histórico abordando o início do instituto dos direitos coletivos e de sua tutela no Brasil; b) em seguida serão abordados os conceitos de direito transindividual e de direito processual coletivo, após a análise de algumas generalidades para compreensão do assunto; c) por fim, para alcançarmos definitivo entendimento, efetuaremos a classificação dos direitos transindividuais, citando exemplos que possam diferenciá-los.

Antes, entretanto, de iniciarmos a exposição, importante estabelecermos questão referente à nomenclatura: no presente trabalho deverá ser compreendida a expressão, “direito coletivo”, quando exposto isoladamente, como gênero, isto é, estaremos nos referindo ao direito coletivo *lato sensu*. Quando tratarmos das espécies de direito coletivo, utilizaremos sempre a expressão “direito coletivo *stricto sensu*”, quando em conjunto com os direitos difusos, e individuais homogêneos.

### 1.2 Histórico e Conceitos de Direito Transindividual e Direito Processual Coletivo

Durante séculos, desde a Antiguidade, a doutrina, para fins didáticos, limitou a divisão do direito em público e privado, sendo considerado público quando se tem como titular o Estado ou quando se confunde com o bem comum e, privado, quando

se trata de direito pertencente a uma pessoa, tendo esta o direito subjetivo de fazê-lo valer, em regra por meio de ação contra aquele que trouxe para si o poder-dever de entregar a tutela jurisdicional, em face de quem resiste à sua pretensão.

Assim, durante larga faixa histórica da ciência do direito, sua divisão em público e privado era suficiente para definir e classificar o direito positivado.

Entretanto, conforme já exposto, no início do século transcorrido, recrudesceram as relações de massa, inaugurando significativa modificação da realidade socioeconômica, cedendo o individualismo dos séculos pretéritos (quando preponderavam negócios jurídicos de direito privado, geralmente bilaterais) a pactos em que eram signatários grupos, coletividades ou até toda uma população, em decorrência, como já visto, repise-se, da incessante e crescente oferta de bens e serviços, passando a defrontar o Judiciário com situações em que o manancial do ordenamento jurídico processual não estava municiado para enfrentar e tutelar com a devida celeridade e efetividade o direito material controvertido, a fim entregar a *juris-dicção* e a *juris-satisfação*<sup>1</sup>.

A partir de então, surgiram os chamados movimentos ou ondas objetivando a tutela dos direitos transindividuais e, no Brasil, mais acentuadamente a partir do último terço do século transcorrido, inicia-se um movimento para a efetivação dos direitos decorrentes das relações de massa. Nos dizeres de Marcus Vinícius Rios Gonçalves (2010, p. 9):

... esse descompasso se tornou cada vez mais evidente, e, em especial, a partir da década de 70, desencadeou um movimento em busca pela efetividade do processo.

Constatou-se que o manancial jurídico disponível não mais abarcava todos os interesses da coletividade. A clássica distinção entre o público e o privado também não era suficiente para abranger o espectro de interesses que a sociedade moderna manifestava. Os mecanismos tradicionais de acesso à justiça não eram bastantes para assegurar a defesa de todos os tipos de interesses que se manifestavam, em face da nova realidade socioeconômica. Isso obrigou não apenas à criação de novos institutos de direito material e processual, mas também a uma nova mudança de mentalidade em que o individual deve ceder ao coletivo.

---

<sup>11</sup> Tais termos, inteligentemente cunhados por Daniel Assumpção Amorim Neves (2013, p. 4), sintetiza brilhantemente a entrega da tutela jurisdicional respectivamente nos processos ou fases processuais que envolvem cognição (*juris-dicção*) e aqueles que visam a execução do direito já acertado (*juris-satisfação*).

Desta forma, com o aumento das relações de massa, surgiram situações em que o conteúdo processual e material então vigentes não eram suficientes para resolver situações como, a título de exemplo, a venda de produtos por uma empresa de laticínios que colocava em milhares de embalagens de um litro, apenas novecentos e setenta mililitros de leite, prejudicando toda uma coletividade e enriquecendo-se ilicitamente, sendo que, apesar da indignação pela lesão sofrida, um dos membros da sociedade organizada, que não mais ampara, salvo exceções, o direito de autotutela, não tinha meios de obtenção da tutela jurisdicional a que tinha direito, posto que exíguo o prejuízo, se analisado individualmente.

Assim, não havia meios processuais e materiais para obter a tutela jurisdicional em situações como, em caso de veiculação de propaganda enganosa por grande rede de televisão, ou, em ocorrendo poluição do meio ambiente, ou ainda em contratos de adesão com cláusulas abusivas, pois que inexistia a possibilidade de um legitimado extraordinário defender direitos da coletividade.

A doutrina, dessarte, chegou à conclusão de que tais direitos não se enquadravam, nem no direito público, visto não ter como titular o Estado, nem visava o bem comum, nem tampouco no direito privado, por não pertencer a uma pessoa isoladamente, mas a um grupo, categoria ou classe de pessoas, passando-se classificar tais direitos em um nova modalidade: a dos direitos transindividuais, metaindividuais ou coletivos *lato sensu*.

Sobre a natural evolução legislativa e o surgimento de tais direitos, expõe Cláudio de Cicco: (2011, p. 31)

A doutrina atual é praticamente unânime em asseverar que a separação do direito positivo em Público e Privado é insuficiente, uma vez que novos direitos começam a surgir, tais como o Direito do Consumidor e o Ambiental. Além disso, a classificação romana já era insuficiente para classificar o Direito do Trabalho, surgindo então o questionamento que abre a discussão para os Direitos Difusos, Coletivos ou Individuais Homogêneos.

Ora, conforme se observa pelos dizeres de Cicco, a classificação do direito em público-privado advém do direito romano. Com o advento da Consolidação das Leis do Trabalho, sancionada em 1943, no período do Estado Novo, por Getúlio Vargas, o conjunto legal consolidado trazia em seu bojo normas de caráter eminentemente privado, como também normas processuais, que são de cunho eminentemente público, além de normas referentes ao Direito Sindical, de caráter

transindividual. Os doutrinadores, ainda nos dias de hoje, ora classificam o Direito do Trabalho em público, ora em privado, ora ainda em misto. Com o surgimento de normas visando a tutela dos interesses coletivos, claro fica a necessidade em se rever tal classificação.

Ainda a respeito insuficiência da dicotomia “público-privado” Rodolfo Camargo Mancuso assim se expressa (2000, p. 44):

O reconhecimento da insuficiência da dicotomia “público-privado” tem por base o fato de que, na verdade, há uma interação firme e constante entre esses dois termos, a impedir que sejam postos em compartimentos estanques. A evidência dessa constatação salta aos olhos, bastando observar que, de fato, o “coletivo”, o “geral”, o “público”, não são noções abstratas, mas haurem sua significação a partir da síntese dos interesses individuais nelas agrupados; de modo que um interesse é “metaindividual” quando, além de de passar o círculo de atributividade individual, corresponde à síntese dos valores predominantes num determinado segmento ou categoria social. Assim, os interesses *coletivos* da medicina, são, na verdade, aqueles que, predominantemente, concernem aos bens e valores precipuamente afetos aos componentes da classe médica. Como diz Jean Rivero, “il n’y a pas d’intérêts de la Boulangerie, en dehors de la prospérité des boulangeries...”

Assim, enquanto os direitos público e privado acabam por se complementar, os direitos metaindividuais seriam, em uma primeira análise, o somatório de todos os direitos de uma categoria ou classe, onde estão contidos todos os interesses individuais, não se lhes ultrapassando os limites. Desta forma, o direito de exigir um ambiente saudável e a reparação dos danos cabe aos moradores de determinada cidade cujo rio que a banha tenha sido poluído, não podendo ser exigido pela comunidade próxima não atingida; ou ainda, os direitos a serem pleiteados para a proteção e liberdade comercial à padarias não poderão ser exatamente os mesmos concedidos às concessionárias de veículos, mas apenas aqueles que lhes garantam ao que lhes fizeram jus.

Por outro lado, não se podem limitar determinados direitos em público e privado, como, por exemplo, os direitos decorrentes de contrato e de propriedade: a princípio, tratar-se-ia de direito claramente privado, todavia, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, acima dos interesses privados, predomina o interesse público, pois, tanto na liberdade de contratar, quanto nos direitos inerentes à propriedade (direito de usar, fruir, dispor e reivindicar), deve prevalecer a função social, a benefício da maioria, ou seja, deve-se analisar o direito sob a ótica dos

interesses da coletividade, planando, acima dos contratos e direitos individuais, os direitos metaindividuais ou coletivos. Mancuso conclui tal análise (2000, p. 45):

Em outras palavras, a realidade é muito complexa e seus elementos estão constantemente interagindo, de modo que não se pode *enquadrar* todo esse fenômeno em dois compartimentos estanques: público e privado. O “temido” *terceiro termo* de há muito está presente na sociedade, formado de elementos que deparam esse binômio. Há, portanto, uma *zona cinzenta* entre aqueles dois polos, facilmente constatável quando refletimos sobre alguns exemplos: o direito de propriedade, em princípio, concerne ao interesse individual; mas, já há algum tempo, se construiu a teoria da propriedade como *função social*; um sindicato operário, em princípio, protege os interesses individuais dos trabalhadores, mas, fazendo-o, tutela, também, o direito ao trabalho, que é uma liberdade pública. É como diz Jean Rivero: “Il n’est pas d’intérêt collectif qui ne se resolve finalement en un avantage procuré à des individus”.

Desenvolvendo a abordagem, o direito transindividual ou coletivo *lato sensu*, poderá ser aquele a que faz jus um grupo, categoria ou classe de pessoas que tenham um vínculo de natureza fática ( como no caso dos interesses difusos e dos individuais homogêneos), ou jurídica (tratando-se interesses coletivos *stricto sensu*). Assim, os direitos ou interesses difusos, coletivos (*stricto sensu*) e individuais homogêneos transcendem o direito meramente individual, formando uma nova categoria de direito (GONÇALVES, 2010, p. 21):

Tais direitos não se enquadram nem em interesse público, nem privado. Formam uma nova categoria. Pertencem a um grupo ou classe de pessoas que tenham entre si um vínculo, seja de natureza jurídica, seja de natureza fática.

Importante ainda tecer comentário, antes de adentrarmos definitivamente nas conceituações dos diferentes direitos transindividuais, que *caput* do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor estabelece que “A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo”. A pergunta recorrente é, as expressões “interesses” e “direitos” seriam sinônimas? Em resposta, os próprios autores do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, quando do comentário do artigo 81 da referida lei, esclarecem a dúvida: (GRINOVER, 2007, p.819)

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 “direitos”, desaparecendo



qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles.

Pelo exposto, ante a ausência de conceituação na doutrina, entendemos interesses transindividuais como aqueles que não se inserem nem entre aqueles de interesse público, nem privado, mas pertencentes a um grupo ou classe de pessoas que estabeleceram entre si um vínculo, de natureza fática ou de natureza jurídica, fazendo jus, destarte, à obtenção da tutela jurisdicional em relação a um direito material controvertido por meio de um mesmo procedimento coletivo.

Já quanto a tutela dos interesses transindividuais, sabemos que esta dá-se por um Processo Civil Coletivo, com procedimento, legitimidade *ad causam*, competência, coisa julgada e efetivação característicos, conforme veremos mais adiante.

Vimos também que atualmente não temos ainda um “Código Processual Civil Coletivo”, estando a previsão legal para a tutela dos interesses transindividuais contida em dois diplomas legais: 1) no Código de Defesa do Consumidor (Lei. 8.078/90), especificamente em seus artigos 81 a 104 e 2) na Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e, conforme veremos nas próximas páginas, estamos longe de conquistar um código brasileiro para a tutela dos interesses coletivos, pois o legislador tende a fazer apenas alterações em leis já existentes.

Quanto às referidas leis, ressalte-se ainda que ambas formam um sistema integrado, em que se adotam supletivamente e em caráter de reciprocidade, em caso de omissão e desde que não haja princípios conflitantes, conforme podemos constatar nas redações contidas no art. 21 da Lei de Ação Civil Pública e no artigo 90 do CDC.

Sendo assim, temos um Processo Civil Coletivo sim, todavia em leis esparsas, sendo as mais relevantes as supracitadas.

Quanto à conceituação do Processo Coletivo no Direito Brasileiro, Fredie Didier Jr. (2010, p. 23) o faz nos seguintes termos:

Conceitua-se processo coletivo como aquele instaurado por ou em face de um legitimado autônomo, em que se postula um direito coletivo *lato sensu* ou se afirma a existência de uma situação jurídica coletiva passiva, com o fito de obter um provimento jurisdicional que atingirá uma coletividade, um grupo ou um determinado número de pessoas.

Como se vê pela conceituação do doutrinador, fica demonstrado que a tutela das três modalidades de direitos transindividuais, ou seja, tanto os interesses difusos, quanto os coletivos *stricto sensu* e os individuais homogêneos, são exercidos por meio de um procedimento coletivo, inclusive estes últimos, que, como veremos, são *acidentalmente coletivos*. Passaremos assim, nas linhas seguintes, a tecer as devidas diferenciações entre os direitos coletivos.

### 1.3 Classificação dos Direitos ou Interesses Transindividuais

No ordenamento jurídico brasileiro estão previstas três espécies de direitos ou interesses transindividuais: os **difusos**, previstos no inciso I, os **coletivos *stricto sensu***, previstos no inciso II e os **individuais homogêneos**, previstos no inciso III, todos do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Discorreremos no presente tópico sobre cada um dos direitos transindividuais previstos na lei brasileira e, em seguida, no item 1.3.4, faremos breve comparação com o conteúdo presente no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América.

#### 1.3.1 Interesses difusos

Conforme definição contida no artigo 81, em seu parágrafo único, inciso I do Código de Defesa do Consumidor, direitos ou interesses difusos são os

transindividuais de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por uma circunstância de fato.

Assim, conforme a definição, extraem-se as seguintes características dos interesses difusos: a) Impossibilidade de determinação do sujeito; b) vínculo fático (e não jurídico). c) Indivisibilidade do objeto.

Para melhor entendimento das características que definem os interesses difusos, firmemo-nos em um exemplo inicial: uma fábrica emite gases poluentes na atmosfera, podendo afetar moradores de determinada região e aqueles de seu círculo de convivência, não se sabendo de forma exata seu alcance.

Ora, analisando o exemplo dado, conclui-se que o interesse em ver cessada a lesão é difuso, pois não é possível identificar o número de pessoas lesadas, por afetar um quantitativo indeterminado e indeterminável de pessoas.

A responsabilidade surgida, no caso hipotético, pelo ato ilícito da empresa é aquiliana, ou seja, decorrente de um vínculo fático, e não contratual ou jurídico.

Finalmente, o objeto é indivisível, ou seja, ou a emissão de gases poluentes de uma fábrica exporá toda coletividade em risco, ou será determinada a instalação de filtro, sob pena de cessarem suas atividades, preservando toda a coletividade, não sendo possível poupar ou resguardar apenas parte da mesma. Assim, ou todos serão tutelados, ou todos serão prejudicados, ou ainda, ou os gases são nocivos a todos da classe ou grupo de pessoas, ou não será a ninguém.

Fredie Didier (2010, p.74) assim define direitos difusos:

Assim, reputam-se direitos difusos (art. 81, par. ún., I, do CDC) aqueles transindividuais (metaindividuais, supraindividuais, pertencentes a uma coletividade), de natureza indivisível (só podem ser considerados como um todo), e cujos titulares sejam pessoas indeterminadas (ou seja, indeterminabilidade dos sujeitos, não havendo individuação) ligadas por circunstâncias de fato, não existindo um vínculo comum de natureza jurídica, *v.g.*, a publicidade enganosa ou abusiva, veiculada através da imprensa falada, escrita ou televisionada, a afetar o número incalculável de pessoas, sem que entre essas exista uma relação jurídica base, a proteção ao meio-ambiente e a preservação da moralidade administrativa. Por essa razão, a coisa julgada que advier das sentenças de procedência será *erga omnes* (para todos), ou seja, irá atingir a todos de maneira igual (art. 103, I, do CDC).

Importante destacar que, na definição do mencionado doutrinador, o interesse difuso está fortemente ligado ao meio ambiente, quando, por exemplo, uma fábrica despeja em água corrente, poluentes, afetando número incalculável de pessoas, mas também às relações de consumo, como uma propaganda enganosa divulgada

por grande rede de televisão ou no caso em que o administrador público deixa de seguir algum dos princípios básicos da administração, afetando toda população.

Ressalte-se ainda, conforme exposto pelo citado doutrinador, os aspectos *sui generis* do alcance peculiar da coisa julgada e suas características, tratando-se de direitos metaindividuais que, no caso, será *erga omnes*.

### 1.2.2 Direitos ou interesses coletivos *stricto sensu*

Os direitos ou interesses Coletivos (*stricto sensu*), têm sua definição contida no CDC, em seu artigo 81, parágrafo único, inciso II, definindo-se como os transindividuais de que seja titular, grupo, categoria ou classe de pessoas que podem ser determinadas e que estão ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, ou seja, **uma relação contratual ou declaração unilateral de vontade** por parte do agente causador do dano ou do risco de dano, surgindo daí a responsabilidade de repará-lo.

Tais direitos têm como características definidoras as seguintes:

- a) possibilidade de determinação do sujeito que sofreu o dano ou pode vir a sofrê-lo;
- b) vínculo jurídico;
- c) indivisibilidade do objeto;

Para melhor analisarmos tais características do direito coletivo *stricto sensu*, firmemo-nos nos seguintes exemplos: em um contrato de adesão firmado com empresa de consórcio consta cláusula abusiva, tendo os consorciados interesse em vê-la anulada, ou ainda: uma Universidade Pública e gratuita oferece curso de extensão, constando no contrato de matrícula cobrança de mensalidade.

Ora, claro está que, individualmente, os lesados poderiam pleitear a tutela jurisdicional. Todavia, o legitimado (que poderá ser, como veremos, o Ministério Público, Defensoria Pública, Associações Civas, etc.), poderia propor a devida Ação Civil Pública, por tratar-se de direito coletivo (estrito), fazendo a sentença condenatória coisa julgada *ultra partes* (estudaremos sobre as espécies de coisa

julgada oportunamente), a benefício dos lesados integrantes das relações contratuais em comum ou gêmeas, que já obteriam, com o trânsito em julgado, título executivo judicial, bastando executá-lo após a devida liquidação.

Analisando as características definidoras de tal direito metaindividual, demonstra-se ser possível a determinação dos sujeitos, que são todos aqueles que estão ligados com a parte contrária por uma “situação jurídica base”, ou seja, por exemplo, pelos contratos firmados (vínculo jurídico).

Fredie Didier (2010, p. 75) nos esclarece que, nos interesses coletivos *stricto sensu*, a relação jurídica base pode ocorrer tanto entre os membros de um grupo que teve seu direito lesado, quanto pela sua ligação, nos mesmos moldes, com a parte contrária. Vejamos:

Nesse particular, cabe salientar que essa relação jurídica base pode dar-se entre os membros do grupo “*affectio societatis*” ou pela sua ligação com a “parte contrária”. No primeiro caso temos os advogados inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (ou qualquer associação de profissionais); no segundo, os contribuintes de determinado imposto. Os primeiros ligados ao órgão de classe, configurando-se como “classe de pessoas” (advogados); os segundos ligados ao ente estatal responsável pela tributação, configurando-se como “grupo de pessoas” (contribuintes).

Didier esclarece também que a relação jurídica base (vínculo jurídico) deve dar-se anteriormente à lesão sofrida, ou seja, terá direito, por exemplo, ao *recall*, os adquirentes de determinado veículo com defeito de fabricação, sendo a relação jurídica base o contrato de compra e venda. Mais interessante todavia é seu entendimento acertado da existência de relação jurídica base por meio da *affectio societatis*, por exemplo, os advogados inscritos na OAB, pelo simples fato de sê-lo (DIDIER, 2010, p. 75):

Cabe ressaltar que a *relação-base* necessita ser anterior à lesão (caráter de anterioridade). A relação-base forma-se entre os associados de uma determinada associação, os acionistas da sociedade ou ainda os advogados, enquanto membros de uma classe, unidos entre si (*affectio societatis*, elemento subjetivo que os une entre si em busca de objetivos comuns); ou pelo vínculo jurídico que os liga a parte contrária, e.g., contribuintes de seguro com um mesmo tipo de seguro etc. no caso da publicidade enganosa, a “ligação” com a parte contrária também ocorre, só que em razão da lesão e não do vínculo precedente, o que a configura como direito difuso e não coletivo *stricto sensu* (propriamente dito)

Sobre a indivisibilidade do objeto, significa que não é possível ação coletiva que beneficie um dos titulares, sem fazê-lo também quanto aos demais, ou seja, ou

a sentença beneficia todas as pessoas que se encontram na mesma situação jurídica base, ou ninguém será beneficiado e, por isto, havendo coisa julgada, esta será *ultra partes*.

Ressalte-se quanto ao exposto no parágrafo anterior que, obviamente, a indivisibilidade ocorrerá quando proposta ação coletiva. É claro que, se propostas ações individuais que visem anular a cláusula impugnada, não haverá indivisibilidade, podendo o judiciário julgar procedentes alguns pedidos em umas ações e em outras não.

Como se observa, o que diferencia o direito difuso do direito coletivo *stricto sensu* é que o primeiro tem como titulares pessoas indeterminadas, ao passo que nestes são determináveis, em decorrência de uma situação jurídica base, como nos exemplos retrocitados.

### **1.3.3 Direitos ou interesses individuais homogêneos**

Já a definição dos direitos ou interesses individuais homogêneos está prevista no ordenamento jurídico brasileiro no inciso III do parágrafo único do artigo 81 do CDC, explicitando ali que estes são os interesses transindividuais de que sejam titulares pessoas determinadas ou determináveis, ligadas por uma origem comum, de natureza divisível e fática.

Assim, tem o referido direito metaindividual as seguintes características: a) divisibilidade do objeto; b) possibilidade de determinação do sujeito e c) vínculo fático (e não jurídico);

Visando a compreensão das características deste direito, vamos tomar como objeto de análise o seguinte exemplo: imaginemos que uma fábrica de automóveis fabrica uma série de determinado modelo com uma peça com defeito, o que levou parte dos adquirentes a sofrer acidentes em decorrência do defeito na referida peça.

Analisando as características do direito coletivo em questão, e tendo por base o exemplo dado, diz-se que o objeto é divisível porque as pessoas que sofreram o acidente poderiam propor demanda individualmente, e mais, cada condenação seria singular, dependendo da extensão do dano sofrido e da idade da vítima no caso de morte para indenização ao espólio, respeitada a ordem de vocação herediária.

O sujeito credor de indenização ou reparação do dano é facilmente identificável dentre aqueles que compraram o veículo com peça defeituosa (relação jurídica base), que comprovarem o nexo causal entre o acidente sofrido e o defeito na peça, além da extensão do dano.

Finalmente, a natureza do vínculo é fática e não jurídica, pois a obrigatoriedade indenizatória não decorreu de um vício no contrato, (como é no caso de interesse coletivo *stricto sensu*), mas da peça defeituosa causadora do acidente, surgindo a partir deste a responsabilidade *aquilliana*, conjuntamente com o direito ou interesse individual homogêneo.

No entendimento de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2008, p. 756), os direitos individuais homogêneos não seriam direitos transindividuais, mas **direitos individuais de massa**, conforme artigo 91 e seguintes do Código de Defesa do Consumidor, recebendo um meio processual autônomo de proteção pela chamada “ação coletiva de condenação genérica”. Vejamos o que dizem os mencionados doutrinadores a respeito das especificidades dos direitos individuais homogêneos:

Tal ação (de condenação genérica) é, efetivamente, a representação nacional da *class action* norte-americana, disciplinada por meio da regra 23 das *Federal Rules of Civil Procedure* daquele sistema.

Na ótica do Código de Defesa do Consumidor há substancial diferença entre o regime da ação destinada a tutelar direitos difusos e coletivos e a ação de condenação genérica relativa aos direitos individuais homogêneos. Esta última objetiva viabilizar o tratamento processual coletivo a direitos substancialmente individuais. Quando determinado ilícito ocasiona danos a inúmeros direitos individuais, vale dizer, quando um ilícito espalha seus efeitos danosos sobre um grande número de direitos (lesões em massa – “direitos decorrentes de origem comum”, aparece como oportuna e viável a ação coletiva que, oportunizando a sentença de condenação genérica, abre ensejo à tutela dos “direitos individuais homogêneos”.

Importante ressaltar que é possível coexistirem em uma única Ação Civil Pública pedidos de tutela, de forma concomitante, referentes às três espécies de direitos coletivos - interesses coletivos *stricto sensu*, difusos e individuais homogêneos. Trazemos à baila o sintético exemplo de Marcus Vinícius Rios Gonçalves (2010, p. 19):

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

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

Analisadas devidamente as espécies de direitos metaindividuais existentes no ordenamento jurídico brasileiro e antes que passemos para o estudo do objeto central de nosso trabalho, que será estudado no capítulo seguinte, veremos, antes de encerrarmos o estudo do presente capítulo, interessante alteração no quadro das definições dos direitos transindividuais sugeridas no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América.

#### **1.3.4 Classificação dos direitos transindividuais previstos no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América**

Antes de adentrarmos, nas questões processuais, a partir do capítulo seguinte, e encerrando o estudo referente à classificação das ações coletivas em espécie no ordenamento jurídico brasileiro em nosso estudo comparado, objeto deste trabalho, entre a legislação pátria e o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, abordamos nesta oportunidade interessante supressão quanto às espécies de direitos metaindividuais trazidas por este último. Analisaremos adiante o conteúdo do artigo 1º do referido Código-Modelo:

**Art 1º.** A ação coletiva será exercida para a tutela de:

I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato ou, entre si ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base;

II – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendido o conjunto de direitos subjetivos individuais, decorrentes de origem comum, de que sejam titulares os membros de um grupo, categoria ou classe.



Ora, conforme vimos exaustivamente, os direitos transindividuais são divididos, na lei brasileira em: direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos.

Todavia, os autores do anteprojeto utilizado em análise comparativa, pelo que se observa, mencionam como direitos transindividuais apenas os direitos difusos e os direitos individuais homogêneos. Teriam os responsáveis pelo bem elaborado estudo que visa a efetividade processual nas ações coletivas excluído os direitos coletivos *stricto sensu*?

Na realidade, pelo Código-Modelo dos direitos difusos passariam a ser tanto os difusos já estudados em nosso ordenamento jurídico interno atual, como os coletivos *stricto sensu*. Já os direitos individuais homogêneos não mais seriam que direitos individuais que, por razões de economia processual, entre motivos outros, obtiveram do legislador um tratamento de caráter coletivo. É por esta razão que a doutrina costuma já usar hoje os termos direitos “essencialmente coletivos”, quando trata daqueles e “acidentalmente coletivos”, ao referir-se ao segundo.

Assim, os autores do código-modelo em estudo optaram em inserir no inciso I de seu artigo primeiro, os interesses ou direitos “essencialmente coletivos” e, no inciso II – “os acidentalmente coletivos”.

Assim, o Código Modelo resolve de uma vez por todas confusão que sempre existiu quanto ao termo “**direitos coletivos**”, que sempre teve de ser interpretado com atenção redobrada, a fim de se verificar tratar-se de **direito coletivo lato sensu**, ou de **direito coletivo stricto sensu**, dúvida somente esclarecida pela análise do contexto do texto lido. Desta forma, no Código-Modelo, o termo “direitos difusos” constante no inciso I, refere-se tanto aos direitos difusos quanto aos coletivos *stricto sensu* hoje previstos na legislação brasileira.

Ultrapassada a fase definições, conceitos e classificações, passaremos a estudar no capítulo seguinte acerca dos meios de efetividade do processo civil coletivo, cerne de nosso trabalho, iniciando pelo capítulo quiçá mais relevante, referente ao estudo sobre a legitimação (representatividade) para a propositura das

ações coletivas e sobre quem melhor poderia desincumbir-se de forma mais eficiente no cumprimento de seu papel de representante da coletividade.

## CAPÍTULO II

### DA ADMISSÃO DO PROCESSO

#### 2.1 Noções Introdutórias

Conforme já mencionado, o objeto do presente trabalho é identificar os obstáculos existentes ordenamento jurídico brasileiro quanto aos direitos transindividuais através da análise dos quatro “pontos sensíveis” a serem superados, a fim de alcançar o devido acesso a uma “ordem jurídica justa”, compreendendo esta como real e total efetivação do princípio de acesso à justiça, inscrito no inciso XXXV do art. 5º, da Constituição Federal.

Segundo Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 33), o processo evolutivo visando o devido acesso à ordem jurídica justa pode ser dividido em três *grandes ondas renovatórias*. A primeira grande onda surgiu a partir de 1965, tendo como foco o acesso dos “pobres” à justiça, por meio da assistência judiciária, sendo os Estados Unidos seu precursor, com o *Office of Economic Opportunity*, servindo como marco de renovação ao mundo nos anos 1970:

Em janeiro de 1972, a França substituiu seu esquema de assistência judiciária do século dezanove, baseado em serviço gratuito prestado pelos advogados, por um enfoque moderno de “*securité sociale*” no qual o custo dos honorários é suportado pelo Estado. Em maio de 1972, o novo e inovador programa da Suécia tornou-se lei. Dois meses mais tarde, a Lei de Aconselhamento e Assistência Judiciária da Inglaterra aumentou grandemente o alcance... Em outubro de 1972, a República Federal da Alemanha aperfeiçoou seu sistema, aumentando a remuneração paga os advogados particulares por serviços jurídicos prestados aos pobres... Os sistemas de assistência judiciária da maior parte do mundo moderno foram, destarte, grandemente melhorados.

A segunda grande onda surgiu quando as relações de massa tornaram-se evidentes, mostrando-se imprescindível nova concepção de instrumentos processuais que possibilitassem a devida representação para os direitos transindividuais, diferentes dos direitos dos menos abastados, objeto de atenção do movimento anterior, notadamente aqueles referentes à tutela ambiental e do consumidor. Cappelletti complementa (1988, p. 49):

...esta segunda onda de reformas forçou a reflexão sobre noções tradicionais muito básicas do processo civil e sobre o papel dos tribunais. Sem dúvida, uma verdadeira “revolução” está se desenvolvendo dentro do processo civil... A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares.

Já o terceiro movimento, ou terceira onda, procurou identificar intrinsecamente todos os escolhos de acesso à justiça e da efetiva entrega do bem da vida, analisando desde a correta representação dos tutelados, passando pelo papel mais efetivo e humanizado do juiz, no alargamento da noção de coisa julgada e de meios coercitivos eficientes para o devido cumprimento das obrigações de dar, fazer ou não fazer, repensando, assim, o próprio funcionamento do judiciário:

A “terceira onda” de reforma... centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos “o enfoque do acesso à Justiça” por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso. (CAPPELLETTI, 1988, p. 68)

Neste diapasão, a segunda onda renovatória, analisada sob a ótica dos direitos coletivos, trouxe à baila o primeiro obstáculo a ser superado, qual seja, **o da admissão do processo**, ou seja, sobre quem deveria ter a legitimidade *ad causam* para bem representar os direitos transindividuais, avançando da tradicional concepção de legitimação para agir, bem como da melhor noção de legitimação ordinária e extraordinária.

Assim, o enfoque “da admissão do processo” desenvolve o tema da legitimação para agir na tutela dos interesses transindividuais ou coletivos *lato sensu*, bem como sobre a representatividade adequada.

A Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, complementares e subsidiárias entre si, conforme já visto, seguindo o movimento geral de ampliação da legitimidade ativa *ad causam*, de forma disjuntiva e concorrente, aumentaram as hipóteses de legitimação restrita até então ao Ministério Público, passando a legitimar como representantes da coletividade as

associações que cumprissem os requisitos legais de representatividade, bem como as pessoas jurídicas de direito público. Tal movimento foi nominado pela doutrina como “universalização da jurisdição”, legitimando aqueles que são, segundo Dinamarco, os “portadores dos interesses da coletividade.”

Todavia, impende levantar as seguintes questões: Tais legitimados são bastantes para a entrega do bem da vida<sup>2</sup> a quem é de direito? As associações de classe cumprem seu papel de diletos representantes do setor privado? Dentre os legitimados, quais são, na prática, os mais atuantes? Temos exemplos exitosos a ser seguidos advindos do direito alienígena? Discorreremos sobre tais assuntos a seguir.

## 2.2 Da Influência das *Class Actions* Norte-Americanas no Direito Brasileiro

O instituto da “ação coletiva norte-americana”, ou *class actions*, inspiraram sobremaneira o legislador brasileiro, sendo ainda hoje fonte de projetos de lei, razão pela qual serão abordados alguns de seus pontos relevantes.

As *class actions*, instituto surgido da *common law*, tem origem, nos contornos modernos, no ordenamento jurídico inglês, do século XVIII, passando a ter importância nos Estados Unidos com a edição da *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure*, em 1938, sofrendo grande alteração com a reformulação ocorrida em 1966.

De acordo com Pedro Lenza (tradução de Ada Pellegrini Grinover), com a *Rule 23*, foram estabelecidos para pressupostos de admissibilidade (*Prerequisites to a Class Actions*) das *class actions* em sua alínea “a” (LENZA, 2005, p. 170):

a) *Pré-requisitos para a ação de classe*: um ou mais membros de uma comunidade podem processar ou ser processados como partes, representando a todos, apenas se:

- 1) a classe é tão numerosa que a reunião de todos os membros é impraticável,
- 2) há questões de direito ou de fato comuns à classe,

---

<sup>2</sup> termo bem da vida, utilizado amplamente no processo civil, denota algo (um bem) extraído do mundo do direito material para o plano processual para que seja tutelado.

- 3) as demandas ou exceções das partes representativas são típicas das demandas ou exceções da classe,
- 4) as partes representativas protegerão justa e adequadamente os interesses da classe.

A alínea “b” da *Rule 23* contém, segundo o mencionado doutrinador, os pressupostos para o prosseguimento e desenvolvimento das *class actions*, sendo que a previsão contida nos números 1 e 2 da *Rule 23* corresponde às ações coletivas de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*:

- b) *Prosseguimento da ação de classe* : Uma ação pode prosseguir como ação de classe quando forem satisfeitos os pré-requisitos da subdivisão (a) e ainda:
  - 1) o prosseguimento de ações separadas por ou contra membros individuais da classe poderia criar o risco de:
    - A) julgamentos inconsistentes ou contraditórios em relação a membros individuais da classe que estabeleceriam padrões de conduta incompatíveis para a parte que se opõe à classe, (*ou*),
    - B) julgamentos em relação aos membros individuais da classe que seriam dispositivos, do ponto de vista prático, dos interesses de outros membros que não são parte no julgamento ou que impediriam ou prejudicariam substancialmente, sua capacidade de defender seus interesses; ou
  - 2) a parte que se opõe à classe agiu ou recusou-se a agir em parâmetros aplicáveis à classe em geral, sendo adequada, desta forma, a condenação na obrigação de fazer ou não fazer (*injunctio*) ou correspondente sentença declaratória com relação á classe como um todo; ou

Já a alínea “b”, número 3 visa a proteção de direitos individuais homogêneos, conforme vemos a seguir:

- 3) o juiz decide que os aspectos de direito ou de fato comuns aos membros da classe *prevalecem* sobre quaisquer questões que afetam apenas membros individuais e que a ação de classe é *superior* a outros métodos pertinentes aos fundamentos de fatos (*findings*) da sentença incluem: A) o interesse dos membros da classe em controlar individualmente a demanda ou a exceção em ações separadas; B) a amplitude da natureza de qualquer litígio relativo à controvérsia já iniciada, por ou contra membros da classe; C) a vantagem ou desvantagem de concentrar as causas num determinado tribunal; D) as dificuldades que provavelmente será encontradas na gestão de uma ação de classe.

Ressalte-se que nas referidas ações contidas nas alíneas supracitadas, assim como ocorre no direito brasileiro, o membro do grupo poderá exercer o *right to opt out*.

Importante dizer que a representatividade adequada, prevista na alínea “a”, item 4, opera-se *ope judicis*<sup>3</sup>, decidindo o Tribunal, na primeira oportunidade, se a demanda irá ou não prosseguir como *class actions (certification)*. Vale mencionar que esta fase processual é de suma importância, pois, na ação coletiva estadunidense não se faz coisa julgada *secundum eventum litis*, atingindo a todos os que não exerceram o *right to opt out*, independentemente do resultado do exame do mérito.

Fazendo uma comparação entre as *class actions* e a Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), no que se refere à análise da representatividade adequada, observa-se, na análise fria da letra, que a lei pátria opera quase que exclusivamente *ope legis*, na contramão do mais moderno direito transindividual. Todavia, conforme veremos quando da análise da “Justiça das Decisões”, o direito transindividual moderno propõe que o juiz deverá exercer papel extremamente ativo nas ações coletivas, conhecendo as realidades sociais, podendo, por exemplo negar a representação de associação que não tenha a devida capacidade para bem fazê-lo na tutela dos anseios do grupo ou coletividade que representa, tratando-se de uma exceção no ordenamento jurídico brasileiro, em que o juiz age *ope judicis*.

### **2.3 Da Legitimação Ativa nas Ações Coletivas Lato Sensu (da Admissão ao Processo – Ingresso em Juízo)**

Conforme já mencionado, o legislador pátrio, procurando seguir o caminho do direito contemporâneo e adotando um novo dinamismo processual para melhor atender aos anseios da sociedade, em face do crescente e célere desenvolvimento das relações em massa, ampliou a legitimidade ativa *ad causam* nas ações coletivas. Entretanto, se diversificou a legitimidade ativa a outros agentes para além do Ministério Público, limitou-a a um rol taxativo (*numerus clausus*). Assim, e conforme já exposto, diferentemente do que ocorre nas *class actions* norte-

---

<sup>3</sup> *Ope judicis*: significa que cabe ao juiz escolher o representante adequado, como ocorre nos Estados Unidos.  
*Ope legis*: significa que a escolha do representante adequado é o previsto na lei, como ocorre no Brasil.

americanas e **em sentido contrário à tendência mundial**, a legitimação para agir em nosso direito pátrio opera-se *ope legis* nas ações coletivas, ao contrário do sistema *common law*, que opera *ope judicis*, o que gera, como consequência, e conforme veremos nas linhas a seguir, uma gigantesca desproporção entre as ações coletivas brasileiras, propostas em sua maioria pelo *Parquet*, que é, na prática, o responsável pela iniciativa da quase totalidade das ações coletivas, em detrimento a todos os demais legitimados somados, sendo que, nas ações coletivas americanas grande parte das ações coletivas são propostas pela pessoa física, personagem sempre ativo nas questões de interesse social.

Assim, no direito brasileiro, tem legitimidade ativa para a tutela dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos apenas os mencionados em lei, *numerus clausus* (não admitindo interpretação extensiva), nos termos dos artigos 5º da Lei 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) e 82 da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Vejamos:

#### Lei da Ação Civil Pública:

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

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V - a associação que, concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Nos parágrafos que acompanham o referido artigo, fica evidente o relevante papel do Ministério Público que, além de poder atuar como parte, atuará sempre, quando não o for, como *custos legis*, com possibilidade de formação de litisconsórcio facultativo entre Ministérios Públicos da União e o das unidades federativas.

§ 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 2º Fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.



§ 3º Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa.

§ 4º O requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

§ 5º Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados na defesa dos interesses e direitos de que cuida esta lei.

§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

### Código de Defesa do Consumidor:

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Assim, na previsão da Lei de Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, têm legitimação para propor ação coletiva o Ministério Público (legitimado de origem ou de vocação); a Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios; autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista e, finalmente, as associações, desde que preencham os requisitos legais. Vale lembrar que também têm legitimidade para propor ação coletiva os sindicatos (art.5º,LXX,b e 8º da CF) e as comunidades indígenas (art. 232 da CF).

Analisando a pluralidade de legitimados, surgem naturalmente alguns questionamentos: A legitimação de tais entes seria exclusiva ou concorrente, primária ou subsidiária, conjuntiva ou disjuntiva? E quanto à natureza jurídica da legitimação, seria esta ordinária, extraordinária ou *tertium genus*? É o que passaremos a discorrer a seguir.

### 2.3.1 Legitimação concorrente ou exclusiva, conjuntiva ou disjuntiva?

O legislador brasileiro, visando dar efetividade ao processo coletivo, desvinculou-se da clássica ligação existente no processo civil tradicional que, de forma peremptória, ligava o pretense titular do direito material lesado com o sujeito do processo. Ora, tratando-se de um direito de massas, imprescindível foi legitimar um ente que bem representasse um grupo ou coletividade, visando o bem comum. Assim, foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, nos dizeres de Pedro Lenza, um “representante ideológico da massa” (2005, p 177):

A legislação brasileira, seguindo uma tendência mundial, alterou o clássico conceito de “justa parte”, desvinculando-o do titular do suposto direito material violado, mitigando, assim, o princípio clássico da coincidência entre aquele referido titular e o sujeito do processo, através da criação do modelo de um *representante ideológico* da massa, do *ideological plaintiff* (Louis Jaffe), do *ente esponenziale di un gruppo non occasionale* (Massimo Severo Giannini), enfim, do *representante adequado* para, em juízo, satisfazer os requisitos dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, analisados, também, sob a ótica coletiva.

Desta forma, no direito brasileiro, quanto à escolha dos representantes da coletividade em juízo, foi adotada a solução mista ou pluralista, mesclando representantes públicos e privados, tendo, dessarte, legitimidade ativa, tanto o Ministério Público, como exemplo de representante público, como uma associação civil, ente tipicamente privado, criada livremente por iniciativa dos cidadãos, desde que constituída há pelo menos um ano e com objetivo institucional compatível com o interesse defendido. Desta forma, optou o legislador a legitimar o indivíduo de forma semidireta, por meio das associações, sendo esta a única representante do setor privado admitida em lei.

Após longa discussão sobre o tema, segundo maioria doutrinária, a legitimação para as ações coletivas no direito brasileiro pode ser classificada em concorrente e disjuntiva. Concorrente posto não haver uma ordem de preferência entre os representantes, e disjuntiva porque a propositura de uma ação impede que outra, sobre o mesmo fato, seja proposta. Entretanto, entre os legitimados, poderá haver litisconsórcio, que, quanto à obrigatoriedade, será facultativo.

### 2.3.2 Da natureza da legitimação

Quando se trata da natureza jurídica da legitimação nas ações coletivas, não há consenso doutrinário, havendo aqueles que a vejam como ordinária, outros como extraordinária, chegando alguns, conforme veremos, a abrir mão da conhecida dicotomia, elegendo um *tertium genus*.

Assim, no tocante à análise quanto à natureza da legitimação nas ações coletivas há três correntes principais, como bem expõe Fredie Didier Jr (2010, p 196):

A doutrina, ao tentar justificar a legitimação para defesa nas ações coletivas, elaborou três correntes principais, a saber, a legitimação extraordinária, por substituição processual, a legitimação ordinária das “formações sociais” decorrente de uma leitura ampla do art. 6º do CPC e a “legitimação autônoma” para condução do processo, espécie de legitimação extraordinária.

Como se sabe, dá-se a legitimação ordinária quando o autor é o próprio titular do direito material afirmado. Desta forma, quando o titular do direito subjetivo é o autor, a legitimação é a ordinária, sendo esta a regra, conforme previsão contida no artigo 6º do CPC/73. Entretanto, quando o direito subjetivo ao direito material é exercido por terceiro, que age em nome próprio e, todavia, não se afirma como titular do direito material, tem-se a legitimação extraordinária (substituição processual).

Como defensor da bandeira da substituição processual no processo coletivo citamos Barbosa Moreira, que entende poder haver a legitimação extraordinária sem expressa autorização legal, em detrimento, assim, do exposto no referido artigo do CPC. Vejamos o que diz o ilustre doutrinador, citado por Didier (BARBOSA, 2000, p. 111, *apud* DIDIER, 2010, p. 196):

Barbosa Moreira foi o autor que encabeçou a tese da *substituição processual* (legitimação extraordinária) em ações coletivas, independente de expressa autorização legal, podendo ser depreendida do todo do sistema jurídico. Para o autor, adotando a lição clássica de Arruda Alvim, o sistema poderia aceitar que a simples menção de legitimado diverso do titular de direito, ou a autorização legal (a exemplo dos dispositivos da CLT – art. 513 – e do Estatuto da OAB antigo – art. 1º da Lei 4.215, de 27.4.1963), mesmo não sendo expressa e taxativa a substituição, significaria a abertura para a legitimação extraordinária. Isto ocorre porque o sistema brasileiro não

prevê a obrigatoriedade de disposição expressa, como no sistema italiano (art. 81, CPC italiano).

A ideia da legitimação ordinária toma fôlego nos ordenamentos jurídicos alienígenas, no entendimento de que as formações sociais teriam interesse e poder de coercibilidade para fazer funcionar o judiciário, o que caracterizaria a legitimação ordinária. Segundo Freddie Didier Jr., esta corrente tem como representantes no Brasil doutrinadores como Kazuo Watanabe e Ada Pellegrini (DIDIER, 2010, p 196):

Com inspiração na doutrina italiana e alemã, Kazuo Watanabe propugnou pela *legitimação ordinária* das entidades civis para defesa dos direitos superindividuais, ligados aos fins associativos. Fez, assim, uma leitura ampla do art. 6º do CPC. Essa tese, de suma importância na equitativa distribuição da justiça e na valorização dos corpos sociais, foi adotada, entre outros, por Ada Pellegrini Grinover: “O objeto do mandado de segurança coletivo pode ter influência no tipo de legitimação”, assim para os que entendem que as chamadas “formações sociais” agem em defesa de seus objetivos institucionais, ao fazê-lo em defesa do “grupo”, como titulares do próprio direito alegado, tem-se legitimação ordinária (regra do art. 6º do CPC, dilatada); quanto aos demais casos, tem-se substituição processual.

Vale dizer que Grinover entende que, preponderantemente, a legitimação é extraordinária nas ações civis públicas, limitando-se a adotar a legitimação ordinária tratando-se de mandado de segurança coletivo (GRINOVER, 1996, p 99-100):

[...] a moderna tendência doutrinária que vê, na legitimação de entidades que ajam na *defesa de interesses institucionais*, uma verdadeira *legitimação ordinária* (v. Vincenzo Vigoriti, José Carlos Barbosa Moreira, Kazuo Watanabe e a autora deste estudo). De modo que, caso a caso, dever-se-á verificar se a entidade age na defesa de seus *interesses institucionais* – proteção ao ambiente, aos consumidores, aos contribuintes, por exemplo -, e neste caso a *legitimação seria ordinária*; ou se atua no interesse de alguns de seus filiados, membros ou associados, que não seja comum a todos, nem esteja compreendido em seus objetivos institucionais: neste caso, sim, haveria uma verdadeira *substituição processual*.

Conforme exposto pela doutrinadora brasileira, o italiano Vigoriti segue o mesmo raciocínio (VIGORITI, p. 150, *apud* LENZA, 2005, p. 189):

in conclusione, anche le ipotesi in cui la legittimazione ad agire viene limitata ad alcuni soltanto dei titolare degli interessi correlati in maniera collettiva insistono nell'area della *legittimazione ordinaria*: si tratterà, se si vuole, di

una legittimazione straordinaria, ma sembra indubbio che la concentrazione della legittimazione in alcuni adeguati portatori, la quale traduce sul piano técnico il senso di obiettive esigenze di tutela degli interessi collettivi sia fenomeno che rimare nella sfera della legittimazione ordinária.

Nelson Nery Jr e Rosa Maria de Andrade Nery são defensores da terceira corrente, a *tertium genus*, também chamada de legitimação autônoma, com relação à defesa de interesses difusos e coletivos (NERY, 2003, p. 1885 *apud* DIDIER, 2010, p 198). Vejamos:

A dicotomia clássica legitimação ordinária-extraordinária só tem cabimento para a explicação de fenômenos envolvendo direito individual. Quando a lei legitima alguma entidade a defender direito não individual (coletivo ou difuso), o legitimado não estará defendendo direito alheio em nome próprio, porque não se pode identificar o titular do direito(...) a legitimidade para a defesa de direitos difusos e coletivos em juízo não é extraordinária (substituição processual), mas sim legitimação autônoma para a condução do processo: a lei elegeu alguém para a defesa de direitos porque seus titulares não podem individualmente fazê-lo.

Ressalte-se que os mencionados doutrinadores entendem que, diferentemente, a defesa dos interesses individuais homogêneos dá-se por substituição processual (legitimação extraordinária).

Importante destacar, entretanto que o entendimento jurisprudencial (decisão do pelo Pleno do STF), entende que, em se tratando de ação civil pública, **a legitimação é extrordinária.**

Vejamos o entendimento doutrinário (ANDRADE, MASSON & ANDRADE, 2011, p. 54):

[...]desde o advento da LACP e do CDC isso mudou. Tais normas autorizaram expressamente determinados entes a promover ações em defesa de direitos transindividuais, de modo que a discussão sobre a natureza dessa legitimidade já não constitui empecilho à sua tutela. De todo modo, é interessante anotar que, na jurisprudência, é amplamente majoritário o entendimento de que, sejam direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, a legitimação para sua defesa na ação civil pública é extraordinária, havendo substituição processual.

O entendimento majoritário da doutrina é o da legitimação extraordinária, posto que, qualquer que seja a tutela de interesses, sempre haverá a substituição de um grupo ou de uma coletividade, determinável ou não. Mesmo que seja determinável o indivíduo e, tendo este de exercer pessoalmente seu direito

subjetivo, não é retirado do representante o direito de defender, em nome próprio, direito alheio, tendo aquele pleno direito de exercer o *opt out*. Assim, em extenso estudo, Pedro Lenza procura esgotar o tema em exaustiva análise, cujo trecho carreamos abaixo (LENZA, 2005, p 191):

Não se pode deixar de reconhecer, contudo, que, em se tratando de *tutela coletiva*, sempre e necessariamente, haverá defesa, em nome próprio, de um direito alheio da *coletividade*, sejam *interesses ou direitos difusos*, de que sejam titulares pessoas indeterminadas, ou *interesses ou direitos coletivos stricto sensu*, de um grupo, categoria ou classe de pessoas, ligadas entre si com a parte contrária por uma relação jurídica-base ou, ainda, de *interesses ou direitos individuais homogêneos*, assim entendidos os decorrentes de origem comum, conforme já tratados neste trabalho.

Pelo exposto, claro que o representante, nas ações coletivas, sempre age em nome próprio. Todavia, para o entendimento de que a legitimação seria extraordinária deve-se ter em conta que o substituído seria o grupo, classe ou coletividade, determinável ou não, ou seja, uma legitimação extraordinária *sui generis*, conforme desenvolvimento do doutrinador em foco:

Em todas as situações, o *representante adequado da coletividade* age em nome próprio e, pouco importando se, também, na defesa de seus interesses institucionais, necessariamente, na defesa de *direito alheio*, de uma coletividade, mais ou menos organizada, substituindo-a.

Propõe-se, então, uma releitura do instituto clássico da *legitimação extraordinária*, tomado, agora, sob a *perspectiva coletiva*, no sentido de sempre haver a substituição de uma coletividade, mais ou menos determinada, chegando, muitas vezes, a ser indeterminável, como os titulares da relação jurídica material de bens ou interesses difusos, ligados por circunstâncias de fato.

Comparando seu entendimento ao raciocínio trazido por Vigoriti, complementa mais adiante:

Percebe-se, então, que a *legitimação extraordinária* deve ser a *regra* da *tutela jurisdicional coletiva* na sociedade de massa, devendo ser dada preferência à “molecularização dos conflitos”. Trata-se, não de uma *legittimazione ordinária sui generis*, conforme proposto por Vigoriti, mas, sob esta nova perspectiva coletiva, de uma *legitimação extraordinária sui generis*, havendo, no sentido oposto, necessariamente substituição processual da coletividade, por um legitimado adequado.

Sendo partidário deste raciocínio, Pedro Dinamarco, entendendo ser adequada a legitimidade extraordinária, assim expõe (DINAMARCO, 2001, p. 204-205):

O interesse poderá pertencer a pessoas determinadas ou indetermináveis, mas sempre pertencerá a terceiros que não fazem parte da relação processual. E é isso que importa para caracterizar a legitimidade como extraordinária. Pois alguém será substituto processual sempre que a lei autorizar essa pessoa a ajuizar uma demanda em nome próprio para defender direito alheio, conforme previsão genérica do art. 6º do Código de Processo Civil. Assim, nessas hipóteses, as partes legítimas não correspondem aos integrantes da relação de direito material controvertida, ou seja, não correspondem precisamente a uma situação legitimante.

### 2.3.2.1 Da Legitimação Extraordinária Proposta por Barbosa Moreira

Em aprofundado estudo sobre legitimação, Barbosa Moreira (BARBOSA MOREIRA, 1971) a classifica a legitimação ordinária em dois grupos: a) Subordinada e b) Autônoma. Já a legitimação autônoma é dividida em b1) Exclusiva e b2) Concorrente, sendo que esta, é subdividida em b2.1) Primária e b2.2) Subsidiária.

Analisando a legitimação extraordinária nas ações coletivas, conclui o ilustre doutrinador que esta seria **autônoma**, posto que a presença do legitimado ordinário, se identificado, como, por exemplo, nas ações coletivas *stricto sensu* ou nos interesses individuais homogêneos é totalmente dispensável, sendo também **exclusiva**, pois a presença do legitimado ordinário, em uma ação coletiva é irrelevante e insuficiente (ressalte-se que tal classificação tem como referência o substituído, qual seja, a coletividade). Pedro Lenza sintetiza o profundo trabalho do do autor sob análise (LENZA, 2005, P 192):

[...] a *legitimação extraordinária* para proteção dos bens coletivos (*sui generis*, conforme proposto, tendo em vista a sua releitura sob a ótica coletiva), seria *autônoma*, já que a presença do legitimado ordinário, quando identificado, é totalmente dispensada e *exclusiva*, excluindo-se o legitimado ordinário da posição de parte principal do processo coletivo, tornando "(...) a sua presença irrelevante e, mais do que isso, insuficiente para a regular instauração do contraditório".

Deve ser observado que a *exclusividade*, na classificação proposta por Barbosa Moreira, foi tomada em relação ao *substituído*, no caso, a

coletividade. A tutela coletiva, conforme visto, é proposta pelos legitimados previstos em lei, de forma taxativa, não se considerando regularmente instaurado o contraditório sem a presença do *legitimado extraordinário* (*adequacy of representation*). O substituído é excluído da posição de parte principal do processo, tornando a sua presença irrelevante.

Tomando-se, todavia, como foco de análise da legitimação *ope legis*, a legitimação seria extraordinária, autônoma, concorrente e disjuntiva. Transcrevemos a seguir a inteligente análise do autor supracitado:

Essa classificação (*legitimação extraordinária, autônoma e concorrente*) é diversa daquela exposta pela doutrina ao qualificar, de modo geral, a legitimação para agir em sede de interesses coletivos, como *concorrente e disjuntiva*. Nesta última, a palavra *concorrente* é considerada em relação à pluralidade de partes legitimadas pela lei para proteger os bens transindividuais (arts. 5º da LACP e 82 do CDC), que concorrem em igualdade para a propositura das ações coletivas, desde que preenchidos os requisitos legais. Já na outra classificação lançada por Barbosa Moreira, a *concorrência* dá-se entre *substituto e substituído*. Assim, a legitimação seria *exclusiva* em relação ao *substituído* e *concorrente* em relação aos representantes adequados.

Concluindo a análise sobre legitimação, verifica-se que, no que se trata da legitimação para a tutela dos interesses transindividuais, esta pode ser assim definida: extraordinária, autônoma, exclusiva, concorrente e disjuntiva. Lenza encerra a análise expondo o seguinte (LENZA, 2005, P 193):

Pode-se dizer, então, por todo o exposto, que a legitimação para a tutela coletiva é *extraordinária, autônoma, exclusiva, concorrente, e disjuntiva*:

- a) *extraordinária*, já que haverá sempre substituição da coletividade;
- b) *autônoma*, no sentido de ser a presença do legitimado ordinário, quando identificado, totalmente dispensada;
- c) *exclusiva*, em relação à coletividade substituída, já que o contraditório se forma suficientemente com a presença do legitimado ativo;
- d) *concorrente*: em relação aos representantes adequados, entre si, que concorrem em igualdade para a propositura da ação; e
- e) *disjuntiva*, já que qualquer entidade poderá propor a ação sozinha, sem a anuência, intervenção ou autorização dos demais, sendo o litisconsórcio eventualmente formado, sempre facultativo.

Apesar de a legitimidade ativa extraordinária ser concorrente e disjuntiva, questiona-se: os legitimados são os adequados para representar a sociedade? Trataremos sobre este assunto nas linhas seguintes.



### 2.3.3 Análise comparada sobre “a admissão do processo” (legitimidade para ingresso em juízo) entre o “Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América” e o direito pátrio – da admissão ou não da pessoa física como legitimado ativo.

Desenvolvendo o estudo sobre a efetividade do processo, e, considerando os legitimados ativos para propor as ações coletivas contidos nos artigos 5º da LACP e 82 do CDC, passaremos analisar sobre sua desincumbência ou não no cumprimento do relevante papel social a que estes foram chamados a desempenhar, por meio da efetiva propositura de ações, bem como de sua efetiva atuação perante o judiciário e na representação da coletividade, para bem podermos concluir sobre a necessidade ou não de ampliação do rol ali contido de forma fechada (*numerus clausus*) e *ope legis*.

Atendendo ao clamor social que clamava pela criação de meios mais efetivos para a tutela dos interesses de massa, foram efetuadas alterações no ordenamento jurídico pátrio, ampliando o rol de legitimados. Assim, além do Ministério Público como ente representativo de maior relevância (Constituição Federal, art. 127), passaram a ter legitimação, entre outros, a Defensoria Pública e as associações, tendo estas o ônus de bem representar **o setor privado**, desde que cumpram os requisitos para a representatividade adequada.

A intenção do legislador veio ao encontro da constatação de Kazuo Watanabe (*apud* LENZA, 2005, p 194), no que se refere às associações como representantes da sociedade civil nas ações coletivas:

Só a existência de mecanismos processuais mais eficazes e mais ajustados à natureza dos conflitos a serem solvidos deverá fazer com que, juntamente com o conjunto de medidas antes enumeradas, a *nova mentalidade* tão almejada seja efetivamente uma realidade, fazendo com que, ao invés do *pateralismo do Estado*, tenhamos uma sociedade civil mais bem estruturada, mais consciente e mais participativa, enfim, uma sociedade em que os mecanismos informais e não oficiais de solução de conflitos de interesses sejam mais atuantes e eficazes do que os meios formais e oficiais.

Assim, o legislador, acreditando em uma libertação e uma auto-organização da sociedade brasileira, procurou legitimar o cidadão comum para lutar por seus direitos transindividuais, fazendo-o pela criação de associações diversas, como, por exemplo, de consumidores, de defesa dos animais, de defesa do meio ambiente, de

defesa do menor abandonado, de higiene e qualidade de vida... Todavia, questiona-se, o desiderato foi atingido? As associações, na prática, têm cumprido tal papel de representante dos anseios do indivíduo comum? Ou a pessoa física deveria ser legitimada para as ações coletivas?

Quanto ao último questionamento, há defensores contrários e favoráveis à legitimação da pessoa humana. Vejamos a seguir os argumentos de alguns dos eminentes estudiosos dos direitos metaindividuais.

### **2.2.3.1. Reflexões de doutrinadores contrários à legitimação da pessoa física nas ações coletivas.**

A doutrina é dividida quanto à legitimação ativa da pessoa física para pleitear ações coletivas. Há entendimentos doutrinários no sentido de que somente as pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado, como as associações, preencheriam os requisitos necessários para defender os direitos transindividuais da coletividade em juízo.

Cappelletti é do entendimento de que a pessoa física, ao agir isoladamente na tutela de direitos metaindividuais é autor desapropriado para representar uma coletividade, seja pelo fato de ignorar a extensão de tais direitos, seja em razão do caráter inusual de se defender os direitos de tal envergadura. Assim entende o doutrinador italiano (1988, p. 24):

Pessoas que procurariam um advogado para comprar uma casa ou obter o divórcio, dificilmente intentariam um processo contra uma empresa cuja fábrica esteja expelindo fumaça e poluindo a atmosfera. É difícil 'mobilizar' as pessoas no sentido de usarem o sistema judiciário para demandar direitos não-tradicionais.

Há, entre os autores que defendem esta linha de pensamento também o entendimento de que a pessoa física, agindo solitariamente, estará sempre em condições de desvantagem processual em relação ao causador do dano que, em geral, é mais forte financeiramente. Daí a necessidade de se legitimarem instituições mais sólidas, como a Defensoria Pública e o Ministério Público e, como representante do

setor privado, as Associações, que, agindo como representantes indiretos do setor privado, poderiam ter mais êxito em juízo. Cappelletti comenta:

O consumidor isolado, sozinho, não age; se o faz, é um herói; no entanto, se é legitimado a agir não meramente para si, mas pelo grupo inteiro do qual é membro, tal herói será subtraído ao ridículo destino de Dom Quixote, em vã e patética luta contra o moinho de vento. Os heróis de hoje não são mais, pois sim, os cavaleiros errantes da Idade Média, prontos a lutar sozinho contra o prepotente em favor do fraco e inocente; mas são, mais ainda, os Ralph Nader, são os Martin Luther King, são aqueles, isto sim, que sabem organizar seus planos de luta em grupo em defesa dos interesses difusos, coletivos metaindividuais, tornando a submeter as tradicionais estruturas individualísticas de tutela – entre as quais aquelas judiciais – às necessidades novas, típicas da moderna sociedade de massa. Pessoas que procurariam um advogado para comprar uma casa ou obter o divórcio, dificilmente intentariam um processo contra uma empresa cuja fábrica esteja expelindo fumaça e poluindo a atmosfera. É difícil ‘mobilizar’ as pessoas no sentido de usarem o sistema judiciário para demandar direitos não-tradicionais.

Autores há, como Álvaro Luis Valery Mirra, que alertam da possibilidade de inexistência da pessoa física interessada em defender certos direitos coletivos, como, por exemplo, direitos difusos relacionados ao meio ambiente, pelo fato de não se obter benefícios econômicos diretos, bem como pela possibilidade de sucumbência, o que seria um desestímulo para ser representante da coletividade em litígios de maior complexidade. Assim expõe o autor (2004, p. 131):

Considerava-se improvável que o cidadão se sentisse estimulado a envolver-se sozinho em complexas batalhas judiciais para a defesa de direito ou interesse coletivo que, apesar de ser acima de tudo seu próprio, não teria, no mais das vezes, repercussão positiva direta e imediata em sua esfera pessoal e patrimonial. E sem a perspectiva de obtenção de uma vantagem pessoal concreta na demanda, notadamente, de ordem econômica, dificilmente alguma pessoa aceitaria assumir o risco de ser condenada ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios da parte contrária, na eventualidade de derrota no processo, e muito menos de ter de ressarcir o seu oponente por prejuízos sofridos, se sua iniciativa fosse caracterizada como litigância de má-fé.

Há também o receio de alguns doutrinadores de, em se legitimando a pessoa física, serem propostas ações coletivas de forma indiscriminada, o que poderia gerar consequências imprevisíveis. Assim, seria acertada a limitação de colegitimados a pessoas jurídicas públicas e privadas, que serviria como intimidador de demandas desnecessárias que abarrotariam o judiciário. José Carlos Baptista Puoli entende que nem a análise *ope judicis* da “representatividade adequada” seria suficiente para impedir o excesso de ações desnecessárias.

Segundo o doutrinador, a previsão de condenação por litigância de má-fé contida na Lei de Ação Civil Pública não impediria a propositura de demandas desnecessárias, pois poderia ser escolhida pessoa desprovida de patrimônio para propor a demanda, de maneira que não seria possível responsabilizá-la patrimonialmente. Tampouco seriam eficazes os filtros previstos no sistema processual coletivo. Vejamos o que ensina o autor (COSTA, 2006, p. 333):

Por outro lado, os filtros normais do sistema processual (indeferimento de petição inicial, entre outros) também não serão suficientes para este controle. É que o ideário que hoje impera em tema de tutela coletiva, deixa claro que tais institutos praticamente não são utilizados nesta seara, em nome de uma extremada cautela que se tem no uso de qualquer instituto processual clássico que possa ir contra a tutela de “tão nobres” interesses.

Corroborando com tal temor, segundo Kazuo Watanabe, a experiência tida com o excesso de ações populares propostas por cidadãos a partir de sua inserção entre seus legitimados na Lei de Ação Popular. Segundo o autor, o mesmo ocorreria se legitimado fosse o indivíduo comum para propositura de demandas coletivas. Segue seu entendimento (2004, p. 815):

Algumas experiências vividas no campo da ação popular, que tem sido utilizada, com alguma frequência, como instrumento político de pressão e até de vindita, serviram também para o perfilhamento da opção legislativa mencionada.

Ainda de acordo com o doutrinador supracitado, tal se dá pelo fato de ser o povo brasileiro ainda imaturo para a utilização de tal poder. Segundo seu entendimento, a legitimação poderia ser acertada apenas mediante imprescindível aptidão, que ainda deverá ser adquirida no futuro, com a superação do individualismo que nos caracterizaria:

Por certo, após a perfeita assimilação pelo povo brasileiro do verdadeiro ideal colimado pelo Código, o que somente ocorrerá com a educação mais aperfeiçoada e mais abrangente, e principalmente com a diminuição do individualismo que nos marca profundamente, estaremos aptos, no futuro, à ampliação total, inclusive a cada indivíduo, da legitimação para agir para a tutela, a título coletivo, dos interesses e direitos dos consumidores.

Também há o argumento contrário à legitimação da pessoa física, sob a justificativa de que a aplicação do “princípio da indisponibilidade da ação” não seria possível nesta hipótese (LEONEL, 2002, p. 155):

Em que pese a validade da atuação tanto de entes públicos como privados, ou mesmo do cidadão na defesa de interesses supra-individuais, a perfeição do modelo de legitimação não é identificada somente em um, e tampouco em outro pólo da equação. A concessão de legitimidade para agir a órgãos públicos apresenta maior probabilidade de êxito na implementação da tutela coletiva, em virtude da melhor estruturação destes para a promoção da respectiva defesa em juízo, e ainda da possibilidade de adoção do princípio da indisponibilidade da ação, o que é inviável com relação ao particular legitimado.

Os pontos expostos no presente tópico não configuram pensamento majoritário, pois a maioria dos doutrinadores entendem ser a legitimação da pessoa física uma incontestável conquista social. Passaremos a abordar tais entendimentos no tópico seguinte.

### **2.2.3.1. Reflexões de doutrinadores favoráveis à legitimação da pessoa física nas ações coletivas.**

Como já anteriormente exposto, as ações coletivas surgiram com o objetivo de trazer a pacificação social em decorrência da necessidade de se garantir os direitos metaindividuais, após o surgimento das relações de massa. As leis que surgiram no direito brasileiro para a tutela de tais direitos legitimaram pessoas jurídicas de direito público e privado para representar os interesses da coletividade. Entretanto, apesar dos avanços realizados, urge dar um passo adiante, em se legitimando para a defesa dos direitos transindividuais também as pessoas físicas, em razão da evidente necessidade de se ampliar o acesso à justiça, pois, sem que isto aconteça, não se dará a chamada efetividade do processo.

Entre os doutrinadores que defendem a legitimidade da pessoa física nas ações coletivas há aqueles que se baseiam no conteúdo da própria Constituição Federal de 1988. Assim, há quem entenda que, em se analisando o artigo 5º, inciso XXXV da Lei Maior (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito;”), onde está inserto o “princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional”, em concomitância com o previsto em seu artigo 129, parágrafo primeiro (“A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei”), encontrar-se-á base jurídica para legitimar a pessoa física para pro-

por e atuar individualmente em demandas cíveis coletivas, pois, pelo que se observa por tais artigos, o constituinte garante a toda pessoa, sem exceção, o direito de bater às portas do judiciário a fim de obter a entrega da tutela jurisdicional coletiva. Desta forma, o artigo da Constituição que trata das funções institucionais do *Parquet*, legitimando-o em seu inciso III, para promover ação civil pública, legitima igualmente a todos os interessados “nas mesmas hipóteses”, não estabelecendo qualquer restrição, seja à pessoa física, seja à jurídica e, se a própria Lei Magna não exclui o indivíduo, tampouco uma lei infraconstitucional poderia fazê-lo.

A Emenda Constitucional 45/2004 incluiu nas garantias individuais o direito à “razoável duração do processo”, em resposta ao clamor social que exigiu providências quanto à conhecida demora na entrega da tutela jurisdicional. Segundo autores favoráveis à legitimação da pessoa física no rol dos legitimados nas demandas coletivas, seria esta uma solução eficiente, pois evitaria a propositura de uma série de ações de conhecimento que tem em comum as mesmas circunstâncias de fato ou a mesma relação jurídica base. Vejamos o que afirma Demien Guedes a esse respeito (2006, p. 289):

Admitindo-se a utilização de um único processo para veicular a pretensão de um número indeterminado ou indeterminável de cidadãos, evita-se a repetição de demandas com origem comum, reduzindo a pressão sobre os tribunais.

A quase totalidade das ações coletivas são propostas pelas entidades estatais. As associações, representantes do setor privado são responsáveis pela propositura apenas de em torno de 10% das ações de interesse coletivo, ficando a cargo do Ministério Público todo o restante. Observa-se assim que a argumentação de que as associações seriam o melhor representante do setor privado nas demandas coletivas, em detrimento do indivíduo, não se demonstra na prática, pois o *Parquet* carrega em seus ombros parte do fardo que não deveria ser sua atribuição. Vejamos o que diz a respeito Sergio Monte Alegre (1996, p 75):

O Ministério Público não recebeu da Constituição a tarefa de substituir a ação da cidadania e sim a de ajudá-la a caminhar. Tutela, curatela e pátrio poder, este último ainda exercido por “bom pai de família”, somente servem a incapazes, enquanto o são e na estreita medida das suas necessidades. O que, obviamente, não é o caso de quem há muito se elevou da condição de súdito à de cidadão. Que o Ministério Público auxilie, ampare, concorra. Porém, substituir, não.

Pelo que se vê, o setor privado não é bem representado pelas associações e, incluir o destinatário final dos interesses metaindividuais – o indivíduo, faria que este deixasse de sentir-se tão dependente do Estado e o levaria a tornar-se personagem ativo nas questões sociais.

Por outro lado, o Ministério Público, tornando-se menos sobrecarregado, teria condições de atuar nas questões a que foi chamado prioritariamente. Este é o pensamento de Demian Guedes (2006, p. 291):

Tamanho sobrecarga do Ministério Público é danosa para o próprio *Parquet*, que se vê assoberbado de requerimentos para o ajuizamento de demandas simples e periféricas, sem poder se concentrar na defesa de interesses mais relevantes, nos quais a sua estrutura técnica de investigação se afigura essencial.

Ao elaborar a Lei de Ação Civil Pública, o legislador vislumbrou que, em legitimando a associação para participação da sociedade de forma semidireta, o setor privado estaria bem representado. Entretanto, as próprias associações acabam por procurar o Ministério Público para que as tutelem, “seja em razão da escassez de recursos para a contratação de advogados, seja em razão da crença de que o Estado deve tutelar os interesses por eles representados” (GUEDES, 2006, p. 291).

Outro ponto importante é que legitimar apenas as associações foi um meio utilizado pelo legislador com o objetivo de limitar o acesso da sociedade à justiça visando a tutela dos direitos coletivos, pois, para poder exigir lhe seja entregue a tutela jurisdicional, a pessoa física não tem outra opção que não seja a de obrigatoriamente associar-se. Ora, a própria Constituição Federal é clara em seu artigo 5º, inciso XX de que “ninguém será compelido a associar-se ou a permanecer associado”.

Não se pode também deixar de se questionar: E se no local não houver associação constituída, e tampouco a presença do Ministério Público, ficaria a sociedade, e, por consequência o indivíduo, excluídos da apreciação pelo Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito coletivo? Eurico Ferraresi assim expõe (GRINOVER, 2007, p. 137):

Quando a presença do promotor ou das associações não se faz sentir, retirar da pessoa física a possibilidade de propor uma demanda coletiva significará a ausência de prestação jurisdicional em sede de direitos supraindividuais.

Outro ponto relevante decorrente da inércia das associações como representante do setor privado, restando aos entes públicos o papel de atores efetivos das demandas coletivas, seria a confusão de interesses da administração pública como legitimada para propositura de ação coletiva contra atos por si mesma perpetrados. Assim, se o próprio município polui o meio ambiente, não há que se esperar que este irá questionar judicialmente seu próprio ato.

Importante ressaltar ainda que não há relevância se a pessoa física propõe demanda coletiva com fins menos nobres ou visando, no fundo, sejam resguardados seus próprios interesses. O que importa é que o interesse da coletividade seja tutelado. Segundo Eurico Ferraresi (GRINOVER, 2007, p. 137):

Não se pode ser ingênuo e imaginar que apenas iniciativas altruístas legitimariam as ações coletivas. Exige-se, sim, que se descreva um fato ilegal ou lesivo ao interesse público. E isso já é mais que suficiente para reconhecer a importância da legitimidade popular.

Segundo a autora Susana Henriques da Costa, pensar que o indivíduo irá agir em nome da coletividade com fins altruístas seria uma utopia. Vejamos (2006, p. 112):

Pensar, todavia, que o cidadão irá dispor-se a litigar contra terceiros pessoas e, eventualmente, contra o Poder Público, por motivos meramente altruístas é uma utopia. Na grande maioria dos casos, haverá um móvel individual por trás da sua conduta. Essa constatação, entretanto, não é negativa, muito menos serve de motivo para o descrédito da ação popular. Trata-se de uma forma legítima de, por meio de interesses individuais, tutelar-se o interesse público.

Quando estudamos sobre as argumentações contrárias à legitimação do particular nas ações coletivas, vimos que uma das razões levantadas seria a falta de interesse econômico direto. Entretanto, isto não se dá, pois além de ser possível que a pessoa física seja contemplada pelos seus trabalhos em prol da coletividade, mediante pagamento efetuado pelo Fundo dos Direitos Difusos e Individuais Homogêneos, conforme previsto no artigo 8º do Código Modelo, existem situações em que a pessoa física tem interesse direto e imediato na tutela coletiva, a fim de resguardar seu patrimônio. Detenhamos nossos olhos ao exemplo trazido por Aluisio Gonçalves de Castro Mendes (GRINOVER, 2007, p.24-25):



Questões relacionadas ao meio ambiente podem fornecer exemplos incontroversos da existência de uma faixa cinzenta entre o público e o individual (...). 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? (...) A impossibilidade lógica de fracionamento do objeto enseja inclusive a dificuldade de diferenciação entre tutela coletiva e individual, 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 cidadãos (...), mas a ampliação definitiva do rol dos legitimados. As ações receberiam, então, sempre tratamento coletivo compatível com os interesses em conflito.

Os Estados Unidos da América têm larga e exitosa experiência nas ações coletivas propostas pelos indivíduos que se sobressaem em defesa de seus pares, objetivando a tutela dos direitos metaindividuais. Assim, no ordenamento jurídico norte-americano há muito a pessoa física é legitimada a propor ações coletivas, mediante controle exercido pelo magistrado, *ope legis*, que analisa o histórico do proponente e outros dados relevantes, a fim de se certificar da adequada representatividade. Assim, tais ações são rotineiras e inclusive tema de filmes, como o longa “Eren Bronckovich – Uma Mulher de Talento”, que retrata uma típica *class action* americana proposta por uma cidadã comum, inclusive retratando fases procedimentais, como a análise pelo magistrado sobre o preenchimento dos pressupostos para a legitimação da autora da ação coletiva (*adequacy of representation*), o que demonstra o quanto a legitimação da pessoa física nas ações coletivas já está inserida na cultura daquele país.

Kazuo Watanabe aponta como um dos motivos justificáveis para a não legitimação da pessoa física nas leis que hodiernamente regem o assunto, seria a falta de previsão legal de poderes discricionários ao magistrado para que opere *ope legis* quanto à representatividade adequada (2004, p. 788):

‘Todavia, não se chegou a legitimar a pessoa física às ações coletivas, talvez pela insegurança gerada pela falta de norma expressa sobre a aferição, pelo juiz, da ‘representatividade adequada’.

Assim, com base em tais argumentos, o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América em que se baseou o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, prevê, em seu artigo 3º, a legitimação ativa da pessoa física nas ações coletivas, não se tratando de uma inovação, pois o indivíduo já é legiti-

mado para tais ações em países como Argentina, Uruguai e Portugal, com resultados amplamente favoráveis.

### **2.3.3.3 Análise da proposta de legitimação da pessoa física nas ações coletivas com base no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América.**

Por todo o exposto, em nosso ordenamento jurídico pátrio as associações são o único legitimado do setor privado para propor ações coletivas – representação semidireta. Também já fora exposto em linhas anteriores pareceres doutrinários favoráveis e contrários à legitimação da pessoa física nas ações coletivas. Agora, em um segundo momento, passaremos a discorrer sobre a proposta de legitimação da pessoa física nas ações coletivas a ser introduzida no arcabouço jurídico pátrio, conforme estudo no mencionado Código Modelo. Para iniciarmos nossa análise e posterior conclusão, imprescindível reiterarmos a pergunta feita em linhas anteriores: As associações cumprem seu papel como representante do setor privado?

Tenho por mim definitivamente que não! Justifico: para se criar uma associação, como pessoa jurídica de direito privado, necessário seu registro no Cartório de Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme previsão no artigo 45 do Código Civil Brasileiro, devendo obrigatoriamente conter no registro todos os requisitos contidos no artigo 46 do mencionado diploma legal. Vejamos:

Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no Registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Art. 46. O registro declarará:

I - a denominação, os fins, a sede, o tempo de duração e o fundo social, quando houver;

II - o nome e a individualização dos fundadores ou instituidores, e dos diretores;

III - o modo por que se administra e representa, ativa e passivamente, judicial e extrajudicialmente;

IV - se o ato constitutivo é reformável no tocante à administração, e de que modo;

V - se os membros respondem, ou não, subsidiariamente, pelas obrigações sociais;

VI - as condições de extinção da pessoa jurídica e o destino do seu patrimônio, nesse caso.

Especificamente e sob pena de nulidade, o estatuto de uma associação deverá preencher todos os quesitos previstos no artigo 54 do Código Civil:

Art. 54. Sob pena de nulidade, o estatuto das associações conterà:  
I - a denominação, os fins e a sede da associação;  
II - os requisitos para a admissão, demissão e exclusão dos associados;  
III - os direitos e deveres dos associados;  
IV - as fontes de recursos para sua manutenção;  
V - o modo de constituição e de funcionamento dos órgãos deliberativos;  
VI - as condições para a alteração das disposições estatutárias e para a dissolução.  
VII - a forma de gestão administrativa e de aprovação das respectivas contas.

Ora, as associações, conforme vimos, devem ser criadas para fim específico e não será razoável pensar que um cidadão seja associado a uma associação em defesa do meio ambiente, e a uma outra relacionada à proteção dos consumidores, outra ligada à proteção à infância e juventude, proteção aos idosos, à cultura e cidadania, ao patrimônio histórico... a fim de ter seus direitos transindividuais legitimados.

Assim, restaria ao cidadão comum, caso queira bater às portas do judiciário, recorrer a uma associação criada, dependendo de sua boa vontade e discricionariedade em propor ou não a ação correspondente, de acordo com o estabelecido em seu estatuto, ou, em último caso, restaria ao indivíduo criar uma associação, sendo que, nesta hipótese, esta somente seria legitimada a ingressar em juízo após um ano de seu registro (conforme já visto na legislação atinente aos direitos transindividuais).

Pode acontecer ainda que nem exista uma associação a quem o cidadão possa valer-se. Vejamos uma hipótese levantada por Rodolfo Camargo Mancuso (2000, p. 182):

Mesmo a certos grupos ocasionais deve-se admitir o acesso à justiça, sob pena de se perder, talvez, a parte mais fecunda do fenômeno coletivo. Figure-se o caso de um grupo de moradores reunidos com o fito de evitar a iminente dejeção de elementos poluidores no rio que serve essa coletividade: a exigir-se uma *organização formal* desse grupo, o efeito danoso já se terá produzido no entretempo.

Vale lembrar que a Constituição da República, em seu artigo 5º, incisos XVII a XXI, garante a plena liberdade de associação, vedada a de caráter paramilitar, independente de autorização, sendo também vedada a intervenção do Estado, podendo inclusive formular livremente seus estatutos, tendo, entre outros tantos

direitos, o da legitimidade para representar seus filiados e defender, em nome próprio, o direito destes (legitimação extraordinária), bem como, conforme já visto, poder pleitear pelos interesses individuais, por meio das ações coletivas. Todavia, conforme já visto, a legislação parece ser inócua, conclusão que é reforçada com pesquisas efetuadas em que se observa o número pífio de ações coletivas propostas por aqueles a quem foi incumbido a ser a porta-voz do cidadão – as associações, tendo em vista que o legislador a legitimou como representante do setor privado.

Se o legislador tencionava desenvolver uma cultura associativa, em que os cidadãos, reunidos por ideais em comum utilizassem deste importante meio para ser precursor de uma sociedade mais justa e igualitária, não alcançou seu desiderato pois, transcorridos mais de vinte anos da alteração efetivada, verifica-se que entre 90% a 97% das ações coletivas propostas, é o Ministério Público quem figura como autor. Pesquisas apontam, por exemplo, que no ano de 2001, 92,85% das ações no Estado de São Paulo foram ajuizadas pelo, o *Parquet* e, no Estado do Rio de Janeiro, para cada cem ações ajuizadas pelo Ministério Público, apenas dez o são por todas as associações somadas.

Ora, tal sobrecarga trazida ao Ministério Público foi corroborada em parte pelo Supremo Tribunal Federal que, de certa forma auxiliou a se chegar a este percentual, ao dar mais ampla interpretação ao disposto no artigo 127 da Constituição Federal quanto ao exercício do Ministério Público como instituição permanente na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, entendendo o Egrégio Tribunal ter o *Parquet* legitimidade ativa tal que açambarca, além da tutela de interesses difusos, coletivos, também os individuais homogêneos e em diversos setores.

Assim, segundo entendimento do STF tem o Ministério Público legitimidade para atuar, apesar da força e especialidade das entidades sindicais, na esfera trabalhista, assim como em litígios relacionados à saúde e segurança do trabalhador:

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TUTELA À SEGURANÇA E À SAÚDE DO TRABALHADOR. INTERESSES COLETIVOS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. 1. O Ministério Público tem legitimidade para a defesa, por meio de ação civil pública, de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos **de natureza trabalhista**. Precedentes. 2. Agravo

regimental desprovido. (RE 214001 AgR, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 27/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 10-09-2013 PUBLIC 11-09-2013) (GRIFOS NOSSOS)

Apesar dos princípios administrativos previstos no artigo 37 da Constituição Federal, do poder discricionário do administrador e da independência do Poder Executivo em relação ao Poder Judiciário, entende o Supremo Tribunal Federal ter o Ministério Público poder de exigir a implementação de políticas públicas pelo Poder Executivo, não especificando limites:

EMENTA Agravo regimental no agravo de instrumento. Constitucional. Legitimidade do Ministério Público. Ação civil pública. Implementação de políticas públicas. Possibilidade. Violação do princípio da separação dos poderes. Não ocorrência. Precedentes. 1. **Esta Corte já firmou a orientação de que o Ministério Público detém legitimidade para requerer, em Juízo, a implementação de políticas públicas por parte do Poder Executivo**, de molde a assegurar a concretização de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos garantidos pela Constituição Federal, como é o caso do acesso à saúde. 2. O Poder Judiciário, em situações excepcionais, pode determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação de poderes. 3. Agravo regimental não provido. (AI 809018 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 25/09/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-199 DIVULG 09-10-2012 PUBLIC 10-10-2012) (GRIFOS NOSSOS)

Inobstante estar o sindicato dos jornalistas dentre os mais atuantes do país, o Ministério Público defendeu o direito dos jornalistas para que estes possam atuar sem diploma, pois, no entendimento do STF, tem também o *Parquet* legitimidade para representação de classes:

EMENTA: JORNALISMO. EXIGÊNCIA DE DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR, REGISTRADO PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE JORNALISTA. LIBERDADES DE PROFISSÃO, DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. CONSTITUIÇÃO DE 1988 (ART. 5º, IX E XIII, E ART. 220, CAPUT E § 1º). NÃO RECEPÇÃO DO ART. 4º, INCISO V, DO DECRETO-LEI Nº 972, DE 1969. 1. RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. ART. 102, III, "A", DA CONSTITUIÇÃO. REQUISITOS PROCESSUAIS INTRÍNSECOS E EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE. ... Recebidos nesta Corte antes do marco temporal de 3 de maio de 2007 (AI-QO nº 664.567/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence), os recursos extraordinários não se submetem ao regime da repercussão geral. 2. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOSITURA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. O Supremo Tribunal Federal possui sólida jurisprudência sobre o cabimento da ação civil pública para proteção de interesses difusos e coletivos e a respectiva legitimação do Ministério Público para utilizá-la, nos termos dos arts. 127, caput, e 129, III,

da Constituição Federal. No caso, a ação civil pública foi proposta pelo Ministério Público com o objetivo de proteger não apenas os interesses individuais homogêneos dos profissionais do jornalismo...

Desta forma, com a omissão das associações e não sendo legitimado o indivíduo para atuar nas demandas coletivas, o Ministério Público tem proposto ações pleiteando até mensalidades escolares, com o devido respaldo do Supremo Tribunal Federal:

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.

... 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. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 163231, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 26/02/1997, DJ 29-06-2001 PP-00055 EMENT VOL-02037-04 PP-00737)

Assim, pelo que se constata pela análise dos julgados carreados ao presente trabalho, a iniciativa das associações, a quem caberia ser a voz do setor privado nas ações coletivas é pífia, repassando o papel que lhe cabia exercer ao *Parquet* que, como sabemos, já carrega em seus ombros pesados compromissos, o que, no entender de Gidi, demonstra que o povo brasileiro quedou-se em lamentável inércia (GIDI, 1995, p. 34-37 *apud* LENZA, 2005, P 196):

[...] Gidi, identificando os grupos organizados como os principais entes legitimados para a propositura da ação civil pública, constata que as entidades representativas da sociedade estão exercendo “tímida e quase insignificante” atuação na propositura das ações coletivas, reconhecendo que o povo brasileiro “(...) não demonstra uma tendência (o que é muito diferente de ‘vocação’) histórico-cultural marcada pelo associativismo (...)”, mostrando-se injustificável a inércia, tendo em vista os benefícios e incentivos legais (cf. arts. 18 da LACP e 87 do CDC).

Particularmente, repiso, discordo deste posicionamento doutrinário, descarregando a culpa da inércia das associa es no povo brasileiro, pois limitar a legitima o de um ente privado para propor uma a o civil pública apenas por meio

de uma associação, obstando de legitimidade ativa da pessoa física lesada, destinatário final que é, distancia o indivíduo comum das portas do judiciário no que se refere a direitos transindividuais (sendo este um exemplo claro da já mencionada *litigiosidade contida*), pois este, regra geral, não participou quando da criação da associação correspondente, dependendo assim da análise sobre a pertinência da propositura da ação por seus associados, da assembleia ou de acordo com conteúdo do estatuto, podendo a associação, assim, simplesmente recusar-se a propô-la ou, como costuma fazê-lo, deixar a tudo cargo do Ministério Público.

Por outro lado, o legislador, objetivando evitar o registro de associações criadas por pessoa física com a única intenção específica de legitimar-se para a propositura de específica ação em decorrência de um direito lesado, estabeleceu a exigência, para legitimação em ações coletivas, que sua constituição tenha se dado há mais de um ano, não restando, por todo o exposto, ao indivíduo, em caso inexistência de uma associação que tutele direito específico, senão recorrer ao Ministério Público para que este possa ser a sua voz no anseio de se fazer justiça.

Segundo entendimento doutrinário, reproduziremos abaixo outras das possíveis razões da concentração das ações civis públicas nas mãos do Ministério Público (LENZA, 2005, P 197):

Razão sociológica, econômica e institucional:

- [...] c) *sociológica*: o cidadão brasileiro não está inclinado a se associar, socorrendo-se ao Estado paternalista;
- d) *econômica*: algumas associações não tem dinheiro para contratar advogados capacitados e especializados na matéria para a propositura de ações de tamanho porte e complexidade;
- e) *institucional*: há dificuldade em se conciliar a atividade de organização, de associação, de política na defesa de interesses com o necessário aparato técnico-jurídico;

Razões legislativas:

- f) *legislativa*: em três situações, o legislador da Lei da Ação Civil Pública, induziu a propositura da ação coletiva pelo Ministério Público: f.1) *art. 6º* - ao estabelecer que qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção; f.2) *art. 7º* - seguindo a prescrição do art. 40 do CPP, juízes e tribunais deverão remeter peças ao Ministério Público, sempre que tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a instauração do inquérito civil ou a propositura da ação coletiva; f.3) *art. 8º* - embora a legitimação ativa seja concorrente e disjuntiva (plural), apenas o Ministério Público tem a faculdade de instaurar o *inquérito civil* que tramitará sob sua presidência, destinado à colheita de elementos para

eventual propositura da ação civil pública (...) Na prática, observa-se outrossim, que a petição inicial proposta pelo Ministério Público, acompanhada dos fatos e conclusões fixados no inquérito civil, na maioria dos casos, coloca o Ministério Público até em posição de vantagem perante os outros legitimados.

Tais óbices podem ser as causas que estão a impedir a popularização das ações civis públicas, o que proporcionaria a formação de uma sociedade civil organizada e forte, precursora de novos direitos, advindos de costumes ativistas, por meio do efetivo exercício da cidadania. Afinal, segundo Gidi, e conforme já nos manifestamos por vezes no presente trabalho, **“o titular primeiro da lide coletiva é a própria comunidade”** e, acrescente-se, seu destinatário último. Assim finaliza o doutrinador sobre o assunto (GIDI, 1995, p 36):

o titular primeiro da lide coletiva é a própria comunidade ou coletividade titular do direito material. É por esse motivo que os grupos organizados são o principal ente legitimado à propositura da ação coletiva. A legitimidade dos órgãos do Poder Público é meramente subsidiária e, se por um lado é essencial até que a sociedade brasileira se organize plenamente, por outro lado, é uma técnica destinada a retroceder o seu crescimento a partir do momento em que a sociedade organizada assuma a plenitude da sua tarefa de autoproteção e autoconservação. (GRIFOS NOSSOS)

Abrindo breve “parêntese”, vale dizer que o único diploma legal no ordenamento jurídico brasileiro em que a pessoa física tem legitimidade para postular por direitos metaindividuais é a Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/65). Para ter tal legitimidade, a pessoa física há que ser um cidadão, ou seja, indivíduo no gozo de seus direitos políticos, o que se comprova pelo título eleitoral. Ressalte-se também que deve necessariamente figurar no polo passivo do litígio a Administração Pública direta e indireta, além das entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, empresas públicas, entre outros entes estatais. Assim, a Ação Popular limita-se a atos praticados pela Administração Pública, a fim de anular ato administrativo lesivo ao patrimônio público ou entidade que o Estado participe, ou danoso ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural, bem como quanto à moralidade administrativa.

Voltando ao tema anterior, pela análise efetuada, constata-se que a legitimação das associações como representante do setor privado no ordenamento jurídico pátrio fracassou. Claro para mim está que o correto representante deste



setor é definitivamente a pessoa física, como se dá nas *class actions* norte-americanas, em que se escolhe o melhor cidadão para bem representar tais interesses (ou seja, a representatividade dá-se *ope judicis*, conforme já enfatizado).

Rodolfo de Camargo Mancuso (2000, p. 183) desenvolve o raciocínio:

Resta, agora, dar mais um passo, este bem mais complexo, porque implica alterar o *âmbito* da legitimação para agir, isto é: o conceito mesmo de “justa parte”. Com efeito, segundo Claudio Varrone, *siamo, infatti, in presenza di interessi di natura non economica, rispetto ai quali non è possibile porre a fondamento del concetto di ‘giusta parte’ l’appartenenza del bene, e, tanto meno, l’esistenza di un titolo idôneo a giustificare tale appartenenza.*

Necessário é, como expõe Mancuso, a modificação da forma tradicional de escolha da legitimação para agir. O legislador brasileiro, verdade, avançou em legitimar de forma concorrente diversos entes. Todavia, vale ressaltar, **todos os legitimados ope legis detêm a chamada “participação semidireta” ou seja, são os denominados “entes intermediários”!** Ora, no direito brasileiro, o destinatário final, aquele que detém o direito à “participação direta” que é o indivíduo, simplesmente não é legitimado, sendo que nossa Constituição Federal assenta a pedra basilar de todo seu edifício na “dignidade da pessoa humana”, previsto no artigo 1º, inciso III da Lei Maior.

Seguindo as palavras supracitadas do doutrinador italiano, não se pode ter por base, para se chegar ao conceito de “justa parte” mera aparência, ou um mero título de idoneidade que justifique tal aparência, mas pela verdadeira constatação da capacidade e idoneidade para a mais eficaz representação! Assim, avançado é o modelo norte-americano cuja legitimidade *ad causam* opera-se ***ope judicis***, escolhendo, entre os cidadãos, aquele que tenha maior capacidade de bem representar seus pares. Conclui Mancuso (2000, p 183):

Com efeito, a noção de *justa parte*, quando se trate de interesses metaindividuais, não pode ser encontrada a partir da titularidade do direito e, sim, da capacidade ou idoneidade do portador desses interesses em representá-los adequadamente. Nos Estados Unidos, a *public standing* (legitimação em tema de interesse público) é dada a partir da verificação de que o autor é o melhor representante desse interesse no caso concreto (***the best plaintiff***). Como diz Lorian Zanutigh, “l’equazione “best plaintiffs” = giuste parti sorregge appunto la formulazione di una ulteriori ipotesi “di private standing”, inteso come ‘organizational standing’ (GRIFOS NOSSOS)

Importantíssimo ressaltar: Tal possibilidade, permitida nas *class actions*, americanas foi “recepcionada” no “Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América”, trabalho este, como já exposto, capitaneada por nossos pares, doutrinadores brasileiros, ícones do direito transindividual, cidadãos conscientes de nossas mazelas sociais.

Assim, o artigo 3º do referido Código-Modelo sugere inserir entre os legitimados para propor as ações coletivas, qualquer pessoa física ligada a uma circunstância de fato (direitos difusos), ou membro do grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por uma relação jurídica base (direitos coletivos *lato sensu*) e bem como a direitos individuais homogêneos. Transcrevemos abaixo a espetacular renovação inspirada na *common law*. Vejamos:

**Art. 3º. Legitimação ativa.** São legitimados concorrentemente à ação coletiva:

**I – qualquer pessoa física**, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato;

**II – o membro do grupo, categoria ou classe**, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos; (GRIFOS NOSSOS).

Quanto aos demais legitimados, o Código-Modelo, repete os presentes no Código de Defesa do Consumidor e Lei de Ação Civil Pública, inserindo aqueles que também são legitimados no ordenamento jurídico brasileiro, em leis esparsas, como os partidos políticos, as entidades sindicais:

III - o Ministério Público, o Defensor do Povo e a Defensoria Pública;

IV – as pessoas jurídicas de direito público interno;

V - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

VI – as entidades sindicais, para a defesa dos interesses e direitos da categoria;

VII - os partidos políticos, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais.

VIII - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos neste código, dispensada a autorização assemblear.

Já os parágrafos contidos no artigo 3º basicamente repetem o conteúdo do artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública:

Par. 1º. O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Par. 2º. Será admitido o litisconsórcio facultativo entre os legitimados.

Par. 3º. Em caso de relevante interesse social, o Ministério Público, se não ajuizar a ação ou não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

Par.4º. Em caso de inexistência do requisito da representatividade adequada, de desistência infundada ou abandono da ação por pessoa física, entidade sindical ou associação legitimada, o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados adequados para o caso a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação.

Par.5º. O Ministério Público e os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso administrativo de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.

Interessante ainda analisar que, no atual ordenamento jurídico pátrio, o controle exercido pelo juiz quanto à representatividade adequada, ou seja, da mais adequada e pertinente legitimação para agir, é extremamente limitado, quase inexistindo, salvo uma exceção, que é o da adequada representação por associação.

Em sentido oposto, conforme já estudado, nas *class actions*, tal poder é intrínseco ao *common law*, que, no caso, historicamente opera *ope judicis*, devendo a parte que pretende propor a ação coletiva preencher os requisitos para a *adequacy of representation*.

Ora, com a inclusão da pessoa física no Código-Modelo entre os legitimados para propor ações coletivas, é imprescindível munir de poder o juiz para agir *ope judicis*. E qual seria, então, o modo de fazê-lo?

O próprio Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América tem a resposta, conforme exposto em seu artigo 2º, estabelecendo ali os requisitos imprescindíveis a serem preenchidos pelo interessado a legitimar-se e para recebimento da demanda coletiva.

E, complementando, no parágrafo primeiro do referido artigo, se estabelece inicialmente a exigência, para recebimento da tutela dos interesses individuais homogêneos, além dos requisitos supracitados, a aferição da predominância de questões comuns sobre as individuais.

**Art 2º. Requisitos da ação coletiva** - São requisitos da demanda coletiva:

I – a adequada representatividade do legitimado;

II – a relevância social da tutela coletiva, caracterizada pela natureza do bem jurídico, pelas características da lesão ou pelo elevado número de pessoas atingidas.

Par. 1º. Para a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos, além dos requisitos indicados nos n. I e II deste artigo, é também necessária a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto.

Desta forma, utilizando-se de um “sistema híbrido”, o “Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América”, seguindo e adequando o modelo americano à nossa realidade, dá maior amplitude ao juiz para análise da adequada representatividade ao indivíduo que pretende ver-se legitimado, como, a credibilidade, o prestígio e a experiência, sua conduta em outros processos coletivos e seu histórico na proteção dos interesses dos membros do grupo, categoria ou classe. Tal previsão está contida no parágrafo segundo do artigo 2º do mencionado Código-Modelo, que transcreveremos a seguir:

Par.2º. Na análise da representatividade adequada o juiz deverá analisar dados como:

a – a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado;

b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe;

c – sua conduta em outros processos coletivos;

d – a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda;

e – o tempo de instituição da associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

Finalmente, o parágrafo terceiro estabelece que tal análise é imprescritível, podendo o juiz averiguar a existência de requisito de representatividade em qualquer tempo e grau de jurisdição. Vejamos:

Par. 3º – O juiz analisará a existência do requisito da representatividade adequada a qualquer tempo e em qualquer grau do procedimento, aplicando, se for o caso, o disposto no parágrafo 4º do artigo 3º.

Gidi, comparando os sistemas brasileiro atual (que opera *ope legis*) e o norte-americano, entende já existir semelhanças entre eles (GIDI, 1995, p 47-48):

“em ambos os casos os critérios de aferição da legitimidade já estão previamente explicitados nos respectivos textos legais. A única diferença reside no fato de que a *adequacy of representation* é um conceito juridicamente indeterminado, aberto portanto, a ser integrado no caso concreto pelo convencimento motivado do juiz e pelo sistema vinculante de precedentes, enquanto os requisitos exigidos pelo nosso direito positivo são de caráter bem mais objetivo”

Assim, para o referido doutrinador, no direito brasileiro atual, já exerce o juiz poderes para analisar o preenchimento dos requisitos exigidos pela lei ou até sua dispensa, tendo o magistrado uma certa discricionariedade que se aproxima ao sistema *ope judicis*, citando, a título de exemplo, a possibilidade de o juiz indeferir a representatividade de associação carecedora de credibilidade, capacidade econômica, de parco conhecimento técnico-científico do objeto do litígio, enfim, em não preenchendo os requisitos para uma representatividade idônea e adequada (art 82, parágrafo 1º do CDC). Um bom exemplo de Ada Pellegrini Grinover seria o das ações promovidas por algumas associações civis por pequeno número de não fumantes sem qualquer representatividade adequada.

Outro exemplo seria quando o Ministério Público defende interesses não coincidentes com os anseios da classe que se diz portador, quando, por exemplo, o *Parquet* requer 50% das vagas de concurso para portadores de deficiência, em detrimento dos demais candidatos.

Apesar do entendimento supracitado de Gidi de que há no ordenamento jurídico brasileiro certa discricionariedade do juiz, esta, na realidade, se comparece na legislação pátria, o faz de forma bastante tímida. Assim sendo, imprescindível é novo movimento, pois, confrontando a teoria com os fatos e as estatísticas, vê-se que para a verdadeira solução para a entrega do “bem da vida” ao verdadeiro titular e destinatário final dos interesses de massa – a coletividade – deve-se legitimar o a pessoa física, a fim de que esta possa exercer efetivamente sua legitimidade, conforme as inovações trazidas pelo “Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América”, que, sem deixar de adotar o Sistema *ope legis (da civil law)*, em parte ultrapassado, mas tradicionalmente utilizado pelo sistema brasileiro (legitimidade ativa prevista *numerus clausus*), adota concomitantemente o sistema *ope judicis (sistema oriundo da *common law*)*.

Entretanto, no Brasil, por enquanto, ainda vige, como já exaustivamente exposto, unicamente o sistema *ope legis*, em que, de forma quase mecânica, analisa-

se a legitimidade ativa para a causa com base em uma engessada e já ultrapassada presunção legal absoluta (TARTUCE, NEVES, 2012, p. 5):

Segundo lições doutrinárias, nos sistemas jurídicos dos países da *civil law*, a representação adequada dos autores das ações coletivas seguiria uma regra legal, tratando-se, portanto, de um sistema *ope legis*. Neste entendimento, caberá ao legislador a previsão dos requisitos necessários para que se admita um sujeito no polo ativo do processo coletivo, cabendo ao juiz tão somente a análise do preenchimento ou não de tais requisitos no caso concreto. Há, portanto, uma presunção legal absoluta de quais sejam os representantes adequados, ao que deve ser conformar o juiz no caso concreto.

Vale dizer, todavia, que a não legitimação da pessoa física não se justifica, pois, como já exposto, até alguns de nossos países vizinhos, adeptos do *civil Law*, como Uruguai e Argentina, permitem hoje em seus ordenamentos jurídicos que o magistrado opere *ope judicis*, quanto à legitimidade ativa para a causa da pessoa física, dando-nos esperanças de que um sopro renovador modifique o ordenamento jurídico brasileiro a fim de que ocorra a tão esperada efetividade do processo coletivo (TARTUCE, NEVES, 2012, p. 5):

Ainda que existam exceções, tais como Uruguai, Argentina e Paraguai (nossos parceiros no Mercosul), **que permitem ao juiz a aferição da representatividade adequada** no caso concreto, no Brasil a doutrina majoritária entende que ao juiz cabe somente analisar os requisitos já previamente consagrados em lei, não podendo partir para uma análise concreta das efetivas condições do legitimado que preencheu tais requisitos para a melhor condução do processo. Na hipótese das associações, por exemplo, bastará a existência jurídica por mais de um ano e a pertinência temática, sendo irrelevante qualquer outra consideração a respeito da real capacidade do legitimado de defender, de forma plena e exauriente, o direito coletivo *lato sensu*.(GRIFOS NOSSOS)

Importante ressaltar ainda outra novidade trazida objetivando a efetividade na admissão do processo, como um dos pontos a serem superados em nosso ordenamento jurídico interno: trata-se do interessante incentivo previsto no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América (cuja íntegra está em anexo) que prevê a possibilidade de ser fixada pelo juiz uma gratificação financeira a benefício de pessoa física, sindicato ou associação, cuja atuação tenha sido relevante na condução e êxito da ação coletiva. Vejamos a transcrição:

**Art. 15. Custas e honorários** - Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença condenará o demandado, se vencido, nas custas, emolu-

mentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, bem como em honorários de advogados.

Par. 1º. No cálculo dos honorários, o juiz levará em consideração a vantagem para o grupo, categoria ou classe, a quantidade e qualidade do trabalho desenvolvido pelo advogado e a complexidade da causa.

Par. 2º. **Se o legitimado for pessoa física, sindicato ou associação, o juiz poderá fixar gratificação financeira quando sua atuação tiver sido relevante na condução e êxito da ação coletiva.**

Por todo exposto, no que tange à admissão do processo, pode-se dizer que o Código Modelo avança, nos seguintes pontos (LENZA, 2010, p. 714):

(a) atribuição (irrestrita) de *legitimatio ad causam* aos cidadãos para propor ação coletiva na defesa dos interesses ou direitos difusos (art. 3º, I); (b) atribuição de *legitimatio ad causam* ao membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos coletivos e individuais homogêneos (art. 3º, II); (c) definição legal de requisitos mínimos de admissibilidade da ação coletiva (art. 2º, I e II); (d) definição legal, além dos requisitos mínimos de admissibilidade da ação coletiva, de requisitos específicos, quando a ação coletiva tiver por objeto bens e interesses individuais homogêneos (art. 2º, § 1º)...

Bem, superado o primeiro dos quatro pontos sensíveis para a efetividade do processo, trataremos a seguir do “modo de ser do processo”, tendo como tema central a coisa julgada, que, segundo o conteúdo probatório, poderá ser *secundum eventum litis* ou *secundum eventum propationis*, atentando quanto à possibilidade de repositura da ação, mesmo em caso de extinção do processo com resolução do mérito, conforme a modalidade de coisa julgada.

## CAPITULO III

### DO MODO DE SER DO PROCESSO – DA COISA JULGADA NAS AÇÕES COLETIVAS – ESTUDO COMPARADO

#### 3.1 Noções introdutórias

O “Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América”, elaborado por renomados juristas dos países interessados e encabeçados por ícones brasileiros no assunto e apresentados na “XVIII Jornada Ibero-Americana de Direito Processual”, em Montevideu, acaba por seguir as principais regras da legislação brasileira quanto ao instituto da coisa julgada, adotando a “coisa julgada *secundum eventum litis*” (em que a coisa julgada material somente ocorre quando a sentença for favorável e não quando a sentença for desfavorável), repetindo basicamente o conteúdo constante no artigo 16 da Lei de Ação Civil Pública, conforme se constata pela leitura do artigo 27 do Código Modelo, trazendo este último, todavia, algumas interessantes inovações, como se verá a seguir.

Assim, na Lei da Ação Civil Pública, em seu artigo 16, ficou estabelecido que a sentença civil que analisa mérito fará coisa julgada *erga omnes*. Entretanto, pelo que afirma na segunda parte do referido artigo, se a sentença de mérito julgar improcedente o pedido por falta de provas, a sentença fará apenas coisa julgada formal. Vejamos:

Art. 16. A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

O Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América praticamente repete a redação do artigo retrocitado:

Art. 27. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova.



Já o Código de Defesa do Consumidor detalha os efeitos da coisa julgada para cada uma das ações de direitos transindividuais: nas sentenças de ações que versarem sobre interesses difusos haverá coisa julgada material *erga omnes*; nas sentenças de ações que versarem sobre interesses coletivos (*stricto sensu*), haverá coisa julgada material *ultra partes*<sup>4</sup>. Todavia, em ambos os casos, haverá apenas coisa julgada formal se a sentença de mérito for julgada improcedente por insuficiência de provas, podendo, na hipótese última, os legitimados intentar novamente a mesma ação, com o mesmo fundamento. Ressalte-se que, entretanto, a repositura da ação não seria possível se a fundamentação da sentença se baseasse na comprovada inexistência de dano, do fato, ou negativa de autoria, ou seja, se foram produzidas provas que isentassem o réu de culpa, conforme abaixo se vê:

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

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

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

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

O Código Modelo, por sua vez, enriquece o instituto da coisa julgada nas ações coletivas, conforme análise a seguir.

### **3.2 Inovações do Instituto da Coisa Julgada trazidas pelo “Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América”**

Notável avanço é trazido pelo Código-Modelo, no que se refere à possibilidade de se intentar nova ação, com o mesmo fundamento, em caso de

<sup>4</sup> Coisa julgada *erga omnes*: oponível a todos;

Coisa julgada *ultra partes*: oponível a grupo ou categoria, ligados por uma relação jurídica de base;

sentença de mérito transitada em julgado: o projeto inovador traz a possibilidade de repropositura de ação coletiva, com base nos mesmos fundamentos, na hipótese de sentença cujo pedido foi julgado improcedente com base nas provas produzidas (ou seja, neste caso, as provas serviram de base convencimento do juiz para a improcedência dos pedidos condenatórios). Nesta hipótese, Código-Modelo traz a possibilidade da propositura de nova ação por qualquer legitimado, em surgindo prova nova e superveniente e que não poderia ter sido produzida no processo. Vejamos o que nos expõe o parágrafo 1º do artigo 27 do código inovador:

**Par. 1º.** Mesmo na hipótese de improcedência fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, **quando surgir prova nova**, superveniente, que não poderia ter sido produzida no processo. (GRIFOS NOSSOS).

Ao que parece, o Código Modelo vislumbra possibilidade de propositura de nova ação semelhante ao que ocorre na ação rescisória, em caso de surgimento de documento novo. Transcrevemos a seguir o artigo 485 do Código do Processo Civil Brasileiro/73:

Art. 485. A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

VII - depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;<sup>5</sup>

Vale dizer então que, em analisando os pressupostos de admissibilidade recursal das ações coletivas no atual ordenamento jurídico brasileiro, na hipótese de sentença de mérito que extinguiu o processo com a fundamentação de insuficiência de provas, o réu, apesar de vencedor, tem interesse recursal em apelar, apesar de sair-se vencedor, pois, alterando a referida fundamentação (fundamentação mais benéfica), a coisa julgada transmutaria de formal para material, o que impediria a reanálise do mérito e caso de repropositura da ação pelo autor sucumbente.

Entretanto, sob a ótica do conteúdo do parágrafo primeiro do artigo 27 do Código Modelo em análise, não haveria interesse recursal pelo réu vencedor, pois,

---

<sup>5</sup> Ressalte-se que, ao contrário da rescisória, a prova poderá ser superveniente.

mesmo que houvesse provas suficientes para análise do direito, não haveria óbice na proposição de outra demanda coletiva, em surgindo novas provas.

Tratando-se especificamente de interesses individuais homogêneos, o ordenamento jurídico pátrio prevê que somente haverá coisa julgada material (*erga omnes*, no caso) se a ação for julgada procedente, beneficiando a todos, caso contrário, em qualquer hipótese, mesmo que não for a de insuficiência de provas, a sentença definitiva fará coisa julgada apenas formal quanto aos direitos individuais. Vale concluir destarte que, tratando-se de direitos individuais homogêneos, poderão ser demandadas ações individuais, pois, em caso de improcedência da ação coletiva, jamais haverá coisa julgada material (salvo se houver intervenção como assistente litisconsorcial). Entretanto, julgada improcedência da ação coletiva objetivando a tutela de interesses individuais homogêneos, não mais poderá propor uma nova ação coletiva. Reproduzimos a seguir o parágrafo segundo do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor:

§ 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.

O Código Modelo em análise repete, de forma sintética, o que é previsto no ordenamento pátrio, em seu artigo 27, parágrafo 2º:

**Par. 2º.** Tratando-se de interesses ou direitos individuais homogêneos, em caso de improcedência do pedido, os interessados poderão propor ação de indenização a título individual.

Assim, conforme vimos, em nosso ordenamento processual atual, apenas se a sentença de mérito ou definitiva de ação coletiva de interesses difusos e coletivos tiver como fundamentação a ausência de provas e havendo coisa julgada, esta será formal, podendo ser intentada nova ação coletiva com os mesmos fundamentos. Já o Código Modelo em estudo inova com a possibilidade de propositura de nova ação coletiva mesmo que a sentença de mérito baseou-se em robustas provas produzidas pelo réu que demonstre, por exemplo, que não foi ele quem despejou resíduos tóxicos em um rio. Caso, *a posteriori*, surja prova em contrário, poderá ser reproposta a mesma ação coletiva.

Importante, todavia, expor o conteúdo do artigo 103, § 1º do Código de Defesa do Consumidor, de que a coisa julgada material nas ações coletivas de interesses difusos e coletivos não impede a propositura de ação individual.

Vejamos:

§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

Isto significa que, em uma ação coletiva, havendo sentença de mérito em que foram produzidas provas e julgado improcedentes os pedidos, não haverá coisa julgada para o particular que seja integrante de grupo, categoria ou classe (haverá coisa julgada apenas em relação à ação coletiva), podendo este intentar ação que objetive tutelar seu interesse individual. Tal entendimento é seguido no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. Assim, ao contrário das *class actions* americanas, a ausência do *right of opt out* não afetará o direito de propor ação individual.

Outro ponto importante é que, em todos os tipos de ação civil pública, a coisa julgada não beneficiará os autores de ações individuais que estiverem em andamento se estes, tomando ciência nos autos da ação coletiva em andamento, deixarem de requerer a suspensão da ação individual dentro de 30 dias. É o que informa o artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

Tal artigo, apesar da omissão do legislador, acampa também os casos de tutela de direitos individuais homogêneos.

O Código Modelo em estudo traz redação semelhante em seu artigo 31 que ora transcrevemos:

**Art. 31.** A ação coletiva não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada coletiva (art. 27) não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de 30(trinta) dias, a contar da ciência efetiva da ação coletiva.

Como se infere da análise dos referidos artigos, não induz litispendência o andamento concomitante da ação coletiva e individual, caso o autor da ação individual não tenha requerido a suspensão do processo quando tiver ciência, optando por seu procedimento. Todavia, não poderá receber os benefícios de ação coletiva julgada procedente, em perdendo a demanda individual. Caso requeira, entretanto, a suspensão do processo individual, a sentença favorável lhe beneficiará, podendo este ser extinto ou ter continuidade para a liquidação, apurando o valor devido. Na hipótese última de ser julgada improcedente a ação coletiva, o processo individual prosseguirá, conforme previsto no Código de Defesa do Consumidor, § 3º do art. 103:

§ 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99.

O Código Modelo traz redação correspondente no parágrafo terceiro de seu artigo 27:

**Par. 3º.** Os efeitos da coisa julgada nas ações em defesa de interesses ou direitos difusos não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 22 a 24.

Ponto importante a ser destacado é que, tratando-se de direitos individuais homogêneos, não haverá litispendência, mas continência. Assim, se o autor, tomando ciência da ação coletiva, não requerer a sua suspensão no prazo de 30 dias, determinar-se-á que os autos da ação individual sejam reunidos à ação coletiva para julgamento conjunto.

Comparando o sistema da coisa julgada nas ações coletivas entre o direito brasileiro (base do Código-Modelo) e as *class actions* norte-americanas, observam-se substanciais diferenças. Nesta, vigora o *ope judicis* e o princípio da representatividade adequada e, recebendo os integrantes do grupo ou classe, a

chamada *fair notice*, sentirão os efeitos da coisa julgada material, salvo nas hipóteses em que em que se pode fazer o exercício do *right of opt out*.

Assim, no sistema norte-americano não é admitida a coisa julgada *secundum eventum litis* em razão da *adequacy of representation*. Pedro Lenza expõe de forma clara e concisa (2005, p. 231):

A alínea (c) (1), da Rule 23, estabelece que, logo após o ajuizamento de uma *class action*, o Tribunal deverá determinar, na primeira oportunidade se a demanda deve se desenvolver como *class action (certification)*, podendo tal decisão ser condicionada ou revogada antes da sentença de mérito. Permite, ainda, em busca do efetivo preenchimento do pressuposto da *representatividade adequada*, a intervenção de qualquer membro de classe por seu advogado – (c) (2) (C).

Esta fase procedimental adquire extraordinária importância já que, no sistema norte-americano, ao contrário do brasileiro, não se admite a formação da coisa julgada *secundum eventum litis*, nem *it utilibus*. Todos os componentes do grupo, de acordo com a extensão fixada pelo Tribunal, serão atingidos pela autoridade da coisa julgada, *pro et contra*, desde que, nas hipóteses permitidas, não tenham exercido o direito do *opt out*.

Conforme já visto, à medida em que o Código Modelo adota a *adequacy of representation*, pelo que se pode inferir pelo conteúdo do artigo 2º e parágrafo 2º deste, alguns doutrinadores questionam se ainda deveria ser adotado o julgado na forma do *secundum eventum litis* (LENZA, 2010, P 715):

O Código Modelo, alterando o clássico conceito de “justa parte”, consagra a criação do modelo do representante ideológico da massa, do *ideological plaintiff* (Louis Jaffe), do *ente esponenziale di um gruppo non occasionale* (Massimo Severo Giannini), enfim, do representante adequado para, em juízo, satisfazer os requisitos dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, analisados também sob a ótica coletiva.

Entretanto, conforme já visto, o Código Modelo é claro ao adotar a regra do julgado *secundum eventum probationis*.

No direito brasileiro, a propositura de uma ação coletiva, como visto, não impede a propositura das ações individuais, e a sentença coletiva desfavorável daquela não afetará o direito individual e, sendo favorável, somente não beneficiará o particular se este, tendo proposto ação individual, não requerer sua suspensão em 30 dias da ciência daquela. A exceção seria no caso de ação coletiva visando a tutela de interesses individuais homogêneos, em que os interessados poderão se vincular ao processo coletivo como assistentes litisconsorciais, conforme já explicitado, se vinculando, neste caso, ao resultado da ação coletiva, seja esta julgada procedente ou improcedente.

Inova também o Código Modelo ao permitir a revisão da sentença nas relações jurídicas continuativas (relações de trato continuado), caso haja modificação da situação fática ou jurídica. Tal novidade encontra-se no artigo 28:

**Art. 28.** Nas relações jurídicas continuativas, se sobrevier modificação de fato ou de direito, a parte poderá pedir a revisão do que foi estatuído por sentença.

Tal inovação é de suma importância para regular as relações de massa por meio do processo coletivo, não havendo dispositivo correspondente no direito brasileiro.

Fechando o tema coisa julgada, passaremos a discorrer sobre coisa julgada em algumas situações fáticas.

### 3.3 Alguns Exemplos de Coisa Julgada Coletiva

Para finalizar este capítulo, apresentaremos alguns exemplos de coisa julgada, advindas da inteligência de Hugo Nigro Mazzili (2008, p.564), a fim de se estabelecer distinções:

#### A) Hipótese de coisa julgada em interesses difusos:

Suponhamos a explosão de uma usina nuclear. A ação civil pública para defesa de interesses difusos (reparação de danos indivisíveis causados ao meio ambiente) não induzirá litispendência em relação às ações individuais dos que tenham sido atingidos diretamente pela radiação (e que busquem nas ações individuais a reparação por lesões diferenciadas). No entanto, dependendo de como tenha sido feito o pedido no processo coletivo, a procedência gerará coisa julgada que poderá aproveitar *in utilibus* aos indivíduos lesados, naquilo de sua lesão tenha de homogêneo; no tocante aos interesses transindividuais lesados, a sentença na ação civil pública fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por falta de provas.

#### B) Hipótese de coisa julgada em interesses coletivos *stricto sensu*:

Imaginemos agora uma ação coletiva para anular-se uma cláusula abusiva em contrato de adesão. A sentença fará coisa julgada *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe de pessoas, salvo improcedência por falta de provas. A propositura da ação coletiva não induzirá litispendência ou coisa julgada em relação às ações individuais dos que estejam postulando, em ações próprias, a declaração da referida

nulidade. Entretanto, em caso de procedência e também em caso de improcedência por fundamento outro que não a falta de provas, os efeitos *ultra partes* só ocorrerão em relação aos autores de ações individuais que oportunamente tenham requerido sua suspensão; mas a improcedência da ação coletiva não prejudicará os lesados individualmente, exceto se se habilitaram nessa ação coletiva.

### C) Hipótese de coisa julgada em interesses individuais homogêneos:

Consideremos, por último, uma ação coletiva cujo pedido consista em obrigar o fabricante de veículos a substituir componente produzido com defeito em série. A lei dá a entender, equivocadamente, que, nesse caso, a ação coletiva induziria litispendência em relação às ações individuais propostas com o mesmo fim. A sentença de procedência na ação coletiva será imutável *erga omnes*, para beneficiar todos os lesados ou seus sucessores. A improcedência, por qualquer fundamento, não prejudicará as ações individuais, exceto quanto aos interessados que tiverem intervindo na ação coletiva como litisconsortes (é o que diz a lei, querendo significar assistentes litisconsorciais). Os autores de ações individuais que não requereram sua oportuna suspensão não serão nem prejudicados nem beneficiados pela procedência da ação coletiva; só será beneficiados os lesados que não tenham ação individual em andamento ou os que, tendo ação, hajam requerido sua oportuna suspensão.

Conforme já exposto, no estudo de tais casos convém lembrar da peculiaridade prevista no Código-Modelo, em que há a possibilidade de propositura de nova ação coletiva com mesmo fundamento em caso de improcedência do pedido, se surgida nova prova, conforme consta em seu artigo 27, parágrafo 1º.

Superados dois dos “quatro pontos sensíveis” para a efetividade do processo, posto que discorremos sobre a adequada legitimidade que vise a melhor representação da sociedade, tendo soado o alerta sobre a importância da legitimação do cidadão, como representante direto desta no Capítulo II – Da Admissão do Processo; bem como quanto aos limites da coisa julgada no processo coletivo, e das inovações trazidas no bojo do “Código-Modelo” no Capítulo III – Do Modo de Ser do Processo, passaremos a abordar no capítulo seguinte sobre os dois últimos “pontos sensíveis” para a efetividade do processo coletivo, agora com enfoque no “procedimento nas ações coletivas”, abordando o papel relevante do juiz, notadamente na fase cognitiva (“Da Justiça das Decisões”), como também em sua fase satisfativa (“Da Utilidade das Decisões”).



## **CAPÍTULO IV**

### **DA JUSTIÇA E DA UTILIDADE DAS DECISÕES**

Desenvolveremos no presente Capítulo os dois últimos “pontos sensíveis”, para a efetividade do processo coletivo, conforme programação estabelecida para o presente trabalho.

Trataremos assim, nas linhas que se seguem, sobre o relevante papel do juiz na condução do processo, que se dá de forma concentrada na fase de cognição - “Da Justiça das Decisões”, bem como dos meios que visem a satisfação do direito - “Utilidade das Decisões”. Optamos em fazê-lo em um mesmo capítulo tendo em vista serem tais temas complementares.

#### **4.1 Da Justiça das Decisões (Do papel do Juiz no procedimento coletivo previsto no Código-Modelo).**

Com o desenvolvimento da ciência jurídica, está sendo superada a figura do “magistrado estátua”, termo cunhado por Barbosa Moreira. O juiz, sob o argumento injustificado de querer preservar sua imparcialidade, não pode mais quedar-se, alheio à realidade que o cerca, ignorando a realidade da população para a qual serve, limitando-se apenas a “dizer o direito”. Modificando tal diapasão, deverá ser personagem ativo no meio social, consciente e atento às necessidades da população, procurando conhecer efetivamente a extensão do dano produzido pelo réu, cunhando uma sentença eficaz ao fato jurídico exposto e sob sua responsabilidade, a fim de garantir o bem da vida para toda uma coletividade. Este é o grande anseio para a efetividade do direito: uma nova e ativa conduta a ser adotada pelo condutor processual, o Estado-Juiz. Nos dizeres de Pedro Lenza sobre o papel do juiz (LENZA, 2010, p. 716):

Como ideal de formação do magistrado na sociedade de massa, busca-se um profissional consciente, vinculado à realidade contemporânea, preocupado com os destinos da população para a qual serve, fiel ao compromisso de exercer a sua função em plenitude, não apenas “dizendo o direito”, mas “fazendo a justiça” e atento aos anseios da população.

O magistrado deverá, assim, inserir-se na coletividade onde atua, a fim de que possa, com maior propriedade sobre os fatos, entregar a exata tutela jurisdicional (BARBOSA MOREIRA *apud* LENZA, 2005, p. 301):

Não se questiona que o magistrado, enquanto sujeito processual, na clássica, porém simplificada definição do processo como *actus trium personarum: iudicis, actoris et rei*, deve, sim, atuar de maneira *imparcial, super et inter partes*. No entanto, não se pode confundir a *imparcialidade* com a *efetiva participação na condução do processo*, em busca da *verdade material* e da realização do *direito substancial*.

Em outro lapidar estudo sobre o tema, Barbosa Moreira não admite a postura do magistrado “*estátua*”. Malgrado deva ser preservada a sua *imparcialidade*, o juiz não pode deixar que esta preocupação provoque um indesejável “distanciamento” “capaz de confundir-se, sem grande dificuldade, com a mais gélida indiferença pelo curso e pelo resultado do pleito”.

E continua o mencionado autor em relevante distinção:

uma coisa, com efeito, é proceder o juiz, movido por interesses ou sentimentos pessoais, de tal modo que se beneficie o litigante cuja vitória se lhe afigura desejável; outra coisa é proceder o juiz, movido pela consciência de sua responsabilidade, de tal modo que o desfecho do pleito corresponda àquilo que é o direito no caso concreto. A primeira atitude, obviamente, repugna ao ordenamento jurídico; a segunda só pode ser bem vista por ele. Ora, não há diferença, para o juiz, entre querer que o processo conduza o resultado justo e querer que vença a parte (seja qual for) que tenha razão”.

O “Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América”, inspirado em parte, como já o dissemos, pelo ordenamento jurídico pátrio, põe à disposição do magistrado mecanismos para sua atuação, com poderes para agir, por vezes de ofício, durante todo o curso processual. Para melhor analisarmos sobre os meios oportunizados ao juiz para alcançar a “justiça nas decisões”, vamos subdividir o processo de conhecimento contido no Anteprojeto em: fase postulatória, audiência preliminar – decisão de saneamento, fase probatória e fase sentencial.

#### **4.1.1 Fase postulatória**

Por se tratar de relações que envolvem interesses de massa, que envolvem situações fáticas de ampla repercussão coletiva, como danos ao meio ambiente,

relações de consumo, interesses coletivos de trabalho, entre outros, o Código-Modelo, objeto deste estudo comparado, dá liberdade ao juiz, na fase cognitiva, em interpretar a causa de pedir e o pedido da petição inicial de forma extensiva, o que lhe dará maior liberdade de mensurar a correta extensão da medida protetiva.

E o mencionado documento ainda vai mais além: após ter sido citada a parte *ex adversa* e apresentada a defesa, o juiz, senhorando-se de novos dados, poderá permitir a emenda da peça exordial para alterar ou ampliar o pedido ou a causa de pedir.

Imaginemos uma situação: Uma fábrica está poluindo o meio ambiente, tendo um dos legitimados proposto ação objetivando defesa de interesse difuso, alegando, nos fatos expostos na causa de pedir da peça inaugural, que a ré está poluindo importante rio de determinada região, por haver lançado produtos tóxicos em seu leito, requerendo, ao final, a condenação a cumprimento obrigação de fazer (deixar de despejar produtos tóxicos e instalar um filtro), obrigação de não fazer (despoluir o rio em determinado prazo, obedecendo ao um organograma de cumprimento de metas), sob pena de aplicação de *astreintes*, além da condenação por perdas e danos. Pediria ainda, em tutela de urgência, a inversão do ônus da prova, conforme sugerido no 12, parágrafo 1º do Código-Modelo em estudo, com o objetivo de, em sendo notificada a ré a juntar determinados documentos referentes à produção, estocagem de produtos químicos, relatórios de entrada e saída de mercadoria, entre outros, esta se visse obrigada a cumprir tal determinação judicial, sob a pena de serem considerados verdadeiros os fatos alegados pelo autor, além de aplicação de multa diária para o caso de descumprimento do preceito.

Com a apresentação da defesa e juntada espontânea dos documentos pela ré, imaginemos que se constate que o dano ambiental é imensamente maior, e que a poluição do rio advém não somente lançamento direto de poluentes, mas de extensa contaminação do solo, causada por até então desconhecido vazamento de produtos químicos mal armazenados e que atingiram o lençol freático, contaminando o rio por esta via. Ora, nesta hipótese, mesmo no final da fase postulatória, seria permitido ao juiz a modificação da causa de pedir próxima e remota, bem como acréscimo e modificação do pedido. Tal possibilidade atribuída ao juiz, de extrema lucidez e ousadia trazida pelo Código-Modelo, inovaria decisivamente nosso ordenamento jurídico, impactando decisivamente na exata entrega da tutela jurisdicional. Nada mais justo, pois estamos tratando de interesses da coletividade,

o que exige um tratamento diferenciado, não havendo que se falar em ofensa ao princípio da imparcialidade do juiz.

Importante ainda ressaltar que o mencionado Código vai mais além: o pedido e a causa de pedir poderão ser modificados a qualquer tempo e grau de jurisdição, desde que respeitados os princípios do contraditório e da boa-fé. Transcrevemos nesta oportunidade o artigo 10º do Código-Modelo:

**Art. 10.** Nas ações coletivas, o pedido e a causa de pedir serão interpretados extensivamente.

**Par. 1º.** Ouvidas as partes, o juiz permitirá a emenda da inicial para alterar ou ampliar o objeto da demanda ou a causa de pedir.

**Par. 2º.** O juiz permitirá a alteração do objeto do processo a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo justificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado.

Traz ainda inteligente previsão o referido Código Modelo, em seu artigo 3º, parágrafo 4º: o juiz, caso não sejam preenchidos os requisitos de representatividade adequada, ou em caso de desistência infundada ou abandono da ação por pessoa física ou associação, não extinguirá o processo, pois o que está em jogo, como já o dissemos, é a tutela da coletividade. Nas hipóteses elencadas, o magistrado notificará o Ministério Público e, sendo possível, outros legitimados, para que assumam a titularidade da ação. Vê-se, assim, a lei mais uma vez demonstrado protagonismo ao magistrado:

Par. 4º. Em caso de inexistência do requisito da representatividade adequada, de desistência infundada ou abandono da ação por pessoa física, entidade sindical ou associação legitimada, o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados adequados para o caso a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação.

Tal medida é de extrema importância, pois, a título de exemplo, em caso de corrupção ou concussão de legitimado extraordinário proponente da ação (uma associação corrompida por empresa poluidora multinacional), o *Parquet* e outros legitimados serão necessariamente notificados para prosseguir a demanda, não sendo assim possível a imediata extinção do processo sem resolução do mérito por não ter uma associação preenchido os requisitos de representação, ou propositalmente deixado o processo parado, ou requerido sua desistência de sem justa motivação.

#### 4.1.2 Audiência preliminar – decisão de saneamento

De acordo com o artigo 11 e seguintes do Código-Modelo, finda a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, quando, após ouvir as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda, tentará conciliação, e, respeitada a indisponibilidade do bem jurídico, terão as partes liberdade de transacionar sobre a melhor forma de pagamento (dar coisa ou dinheiro, fazer ou não fazer). Havendo acordo, este será homologado por sentença, constituindo título executivo judicial:

**Art. 11.** Encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

**Par. 1º.** O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, sem prejuízo de sugerir outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro.

**Par. 2º.** Preservada a indisponibilidade do bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação.

**Par. 3º.** Obtida a conciliação, será homologada por sentença, que constituirá título executivo judicial.

Não obtida a conciliação, o juiz poderá optar por dois caminhos: julgar antecipadamente o mérito, caso entenda que não há necessidade para a produção de provas e entender estar o processo maduro para julgamento (conforme artigo 13 do Código-Modelo), ou, não sendo o caso, proferir decisão de saneamento.

A decisão de saneamento, que ocorrerá se o juiz, entendendo não estar o processo maduro para julgamento, visa preparar o processo para a fase seguinte, a probatória, podendo o magistrado praticar os seguintes atos (art. 4º): decidir “se a ação tem condições de prosseguir de forma coletiva”; “separar os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas à tutela, respectivamente, dos interesses ou direitos difusos e individuais homogêneos, desde que a separação represente economia processual ou facilite a condução do processo” ou, entendendo que a ação deve seguir seu curso normal, fixar os pontos controvertidos, decidindo questões processuais pendentes e determinando as provas a serem produzidas, **bem como definindo a quem cabe o ônus da prova**, conforme previsão do artigo 12, parágrafo 1º do Código-Modelo, designando audiência de instrução e julgamento, antes da qual, será realizada perícia, se for o caso.

### 4.1.3 Da fase probatória e sentencial

Seguindo o procedimento previsto no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, o juiz terá ampla liberdade quanto à produção de provas, sendo-lhe permitido determiná-las de ofício e inverter o ônus da prova, encarregando sua produção à parte que tiver maior conhecimento técnico ou informações específicas sobre fatos ou maior facilidade em desincumbir-se do ônus, podendo ainda determinar produção de prova pericial e, neste caso, não sendo possível arcar com as custas, deferir seja este suportado pelo Fundo de Direito de Grupo.

Assim, o juiz poderá determinar produção de prova por todos os meios em direito admitidos, a requerimento ou de ofício, tendo poderes inclusive de, em sendo necessário, redistribuir o ônus da prova mesmo no curso da fase de instrução, caso haja a modificação de situação de fato ou de direito,. Vejamos:

**Art. 12. Provas** - São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

**Par. 1º.** O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração. Não obstante, se por razões de ordem econômica ou técnica, o ônus da prova não puder ser cumprido, o juiz determinará o que for necessário para suprir à deficiência e obter elementos probatórios indispensáveis para a sentença de mérito, podendo requisitar perícias à entidade pública cujo objeto estiver ligado à matéria em debate, condenado-se o demandado sucumbente ao reembolso. Se assim mesmo a prova não puder ser obtida, o juiz poderá ordenar sua realização, a cargo ao Fundo de Direitos do Grupo.

Ressalte-se que, ainda na fase de saneamento, de acordo com o parágrafo segundo do referido artigo, poderá o juiz o juiz redistribuir o ônus da prova:

**Par. 2º** – Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa, o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedido à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para a produção da prova, observado o contraditório em relação à parte contrária.

**Par. 3º** - O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

**Art.13. Julgamento antecipado do mérito** - O juiz decidirá desde logo a demanda pelo mérito, quando não houver necessidade de produção de prova.

Estando o processo em parte maduro para julgamento em relação a alguns pedidos e a outros não, por necessitarem estes de produção de mais provas, poderá o juiz decidir desde já quanto aos primeiros (julgamento antecipado parcial do mérito), desde que não interfira direta ou indiretamente na parte pendente de decisão, designando audiência de instrução e julgamento quando aos fatos que necessitem de maior elucidação

Da sentença caberá apelação, que será, regra geral, recebida no efeito meramente devolutivo, podendo o juiz recebê-la também no efeito suspensivo quando vislumbrar possibilidade de se causar à parte perdedora lesão grave e de difícil reparação.

**Art. 13...**

Parágrafo único. O juiz poderá decidir desde logo parte da demanda, quando não houver necessidade de produção de prova, sempre que isso não importe em prejulgamento direto ou indireto do litígio que continuar pendente de decisão, prosseguindo o processo para a instrução e julgamento em relação aos demais pedidos nos autos principais e a parte antecipada em autos complementares.

**Art.18. Efeitos da apelação** – A apelação da sentença definitiva tem efeito meramente devolutivo, salvo quando a fundamentação for relevante e puder resultar à parte lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz pode atribuir ao recurso efeito suspensivo.

Ponto importante constante no Código-Modelo é que a propositura da ação coletiva interrompe o prazo prescricional não só das ações coletivas a ela relacionadas, mas também das ações individuais. Vejamos:

**Art. 17. Interrupção da prescrição** – A citação válida para a ação coletiva interrompe o prazo de prescrição das pretensões individuais e transindividuais direta ou indiretamente relacionadas com a controvérsia.

Conforme se observa, é inegável que o Código Modelo supera em muito nas atribuições concedidas ao magistrado, oportunizando-lhe, por consequência, maiores meios para que se possa efetivamente fazer justiça.

## 4.2 Da Utilidade das Decisões

A juris-satisfação da tutela coletiva prevista no Código-Modelo tem como regra a obtenção da tutela específica, somente se pleiteando a indenização por perdas e danos, quando aquela não for possível. Assim, procura-se inicialmente, utilizando-se de meios coercitivos (aplicação de *astreintes*, uso de força policial, remoção de pessoas e coisas, entre outros), o cumprimento das obrigações de dar coisa diferente de dinheiro, fazer ou não fazer, somente se optando pela prestação pecuniária em último caso. Trazemos à baila o artigo 4º do Código-Modelo (que reproduz o artigo 83 e parágrafo 1º do artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor (além do exposto no Código Processual Civil Brasileiro):

**Art. 4º. Efetividade da tutela jurisdicional** - Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Par. 4º (do artigo 7º). A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

Doravante passaremos a analisar especificamente sobre os meios de efetivação da tutela coletiva, iniciando pelo instituto da tutela antecipada e, em seguida, tratando sobre as satisfações das obrigações de fazer e não fazer e dar coisa diferente de dinheiro, por meio de sentença executiva *lato-sensu*, valendo dizer que a redação contida no Código Modelo reproduz em parte o disposto sobre o tema no Código de Defesa do Consumidor e no Código de Processo Civil Brasileiro, ressaltando-se que tal se dá pelo fato de que, quanto à efetivação da tutela jurisdicional, houve nos últimos anos relevantes inovações no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo ao juiz poderes amplos de atuação.



#### 4.2.1 Da tutela antecipada

Repetindo basicamente o conteúdo contido no Código Processual Civil, o Código Modelo prevê possibilidade da antecipação dos efeitos da tutela pleiteados na peça inaugural, desde que o juiz se convença da prova inequívoca da verossimilhança da alegação, “com base em prova consistente”, (apesar de também ser uma cognição sumária, o convencimento do juiz deve ser superior a um mero “fumus boni iuris” previsto como exigência da cautelar) e haja fundado receio de ineficácia do provimento final (“*periculum in mora*”), bem como em caso de manifesto propósito protelatório do demandado. Vejamos:

**Art. 5º. Tutela jurisdicional antecipada** - O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, com base em prova consistente, se convença da verossimilhança da alegação e

- I - haja fundado receio de ineficácia do provimento final ou
- II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do demandado.

Interessante notar que o Código Modelo avança, ao mitigar o requisito reversibilidade contido no Código Processual Civil (“§ 2º do art. 273 do CPC/73 : Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado”).

Ora, situações há em que, mesmo sendo irreversível, deverá se optar por deferir a tutela antecipada. Vejamos o exemplo dado por Elpídio Donizetti (2013, p. 408):

O perigo de irreversibilidade não pode ser visto em termos absolutos. O objetivo da medida antecipatória é evitar danos ao direito subjetivo das partes. Assim, é indispensável que o juiz sopesse os valores dos bens em conflito, decidindo com bom-senso. Em ação declaratória, na qual se questiona o ato de tombamento e a negativa de demolição, a prudência recomenda não antecipar os efeitos da decisão final. Solução diversa poderá ser dada se o imóvel, em razão de perigo de desmoronamento, acarretar grave risco para a vizinhança.

Assim, o Código-Modelo relativiza o requisito da irreversibilidade, o que já vinha sendo feito pelos juízes, por razões lógicas. Vejamos:

Par. 1º. Não se concederá a antecipação da tutela se houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado, a menos que, num juízo de ponde-

ração dos valores em jogo, a denegação da medida signifique sacrifício irrazoável de bem jurídico relevante. (GRIFOS NOSSOS)

Omissão importante a ser corrigida no Código Modelo é a ausência de possibilidade de fungibilidade entre as tutelas de urgência (tutela antecipada e tutela cautelar), seguindo o avanço do direito brasileiro, devendo ser acrescentando novo parágrafo prevendo tal possibilidade, pois pode ocorrer de o juiz, entendendo que o autor não preencheu o requisito de prova inequívoca da verossimilhança da alegação, deixe de aplicar a tutela antecipada, concedendo todavia, liminarmente, a tutela cautelar, se convencido de que comprovado foi o requisito “fumus boni iuris”.

Destarte, interessante inserir a redação contida no parágrafo 7º do artigo 273 do Código Processual Civil/73 no Código Modelo:

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

Outra relevante omissão do Código Modelo a ser suprida seria a inclusão de outro parágrafo ao artigo 5º, dando ao juiz os mesmos poderes para a efetivação da medida de urgência, constante no artigo 273, parágrafo 3º do Código Processual Civil/73, quais sejam, aplicação de *astreites*, aplicação de multas, remoção de pessoas e coisas e uso de força policial:

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A. (Redação dada pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

Adaptando o referido parágrafo ao Código Modelo, este ficaria assim:

**Par. 5º** A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas nos arts. 7º; §§ 3º e 4º e art. 8º.

Alguns doutrinadores entendem ser necessária a mudança do parágrafo 1º do artigo 7º do Código Modelo, que permite ao autor optar entre a tutela específica da

obrigação, seu resultado prático correspondente ou perdas e danos. Corrente majoritária entende que, em se tratando de direito coletivo, cuja legitimação é extraordinária e se pleiteia direitos de terceiros, as perdas e danos somente deveriam ser requeridas em caso de impossibilidade da tutela específica da obrigação e do pedido subsidiário do resultado prático correspondente. Ao que se deduz, o raciocínio é perfeitamente lógico.

#### **4.2.2 Da sentença executiva lato *sensu* – cumprimento das obrigações de fazer e não fazer ou dar coisa diferente de dinheiro**

Os artigos 7º e 8º do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América reproduzem respectivamente quase que fielmente os artigos correspondentes do Código Processual Civil e artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor, no que tange às obrigações de fazer e não fazer e quanto às obrigações de dar coisa diferente de dinheiro:

**Art. 6º. Obrigações de fazer e não fazer** - Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

Par. 1º. A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

Par. 2º. A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa.

Par. 3º. O juiz poderá, na hipótese de antecipação de tutela ou na sentença, impor multa diária ao demandado, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

Par. 4º. Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

**Art. 7º. Obrigações de dar** - Na ação que tenha por objeto a obrigação de entregar coisa, determinada ou indeterminada, aplicam-se, no que couber, as disposições do artigo anterior.

Considerando que são correspondentes os artigos 461 do CPC/73 e 7º do Código Modelo, importante acrescentar também novo parágrafo neste, que dá poderes ao juiz de regular, de ofício, o valor e a periodicidade de multa.

Art. 461, § 6º do CPC: O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002)

Importante esclarecer que a obrigação de não fazer, consiste na realidade no cumprimento de obrigação de **desfazer**. Vejamos um exemplo (GONÇALVES, 2013, p.770):

Não há propriamente execução de obrigação de não fazer, mas, sim, de desfazer aquilo que foi indevidamente feito. E o desfazer não pressupõe inércia do devedor, mas ação. Se alguém constrói sobre um terreno em que não poderia, a execução terá por objeto o desfazimento da obra, e não qualquer abstenção. **Não há como executar um *non facere*, mas um *facere*.**

Por fim, importante analisar o *caput* do artigo 7º do Código Modelo (correspondente ao *caput* do artigo 461 do Código Processual Civil). De acordo com o referido artigo, o juiz, se procedente o pedido na sentença, poderá conceder a tutela específica (a obrigação de fazer e não fazer), ou determinar providências que assegurem o resultado prático correspondente. O que seria “resultado prático correspondente”? Elpidio Donizetti (2013, p. 597) deixa claro exemplificando:

O Ministério Público, em ação civil pública, pleiteia seja o réu condenado a não lançar poluentes no ar. Poderá o juiz, na sentença, condenar o réu à tutela específica, consistente no abster-se de lançar poluentes, ou determinar providências que assegurem o mesmo resultado prático, ou seja, a preservação do meio ambiente, que pode ser alcançada com a instalação de filtros (tutela equivalente).

Procurando percorrer os “quatro pontos sensíveis” na análise comparada entre o ordenamento jurídico pátrio atual e as inovações trazidas pelo Código-Modelo, visando a efetividade do processo coletivo, foram apontadas pontos a serem superados na legislação brasileira sobre o tema central, bem como expostas relevantes soluções encontradas para a efetividade do processo, notadamente quanto à ampliação do rol de legitimados ativos e da flexibilização do processo na fase cognitiva, com possibilidade de alteração em seu curso da causa de pedir, do pedido e inversão de ônus da prova em pleno desenrolar procedimental. Por meio de um árduo trabalho, conforme vimos, foi criteriosamente entabulado Código

Modelo de Processos Coletivos por renomados doutrinadores dos países pactuantes, diligentemente direcionados doutrinadores brasileiros, cabendo agora ao legislador brasileiro promover a renovação imprescindível e inadiável.

## CONCLUSÃO

Como vimos, para a tutela dos interesses coletivos *lato sensu*, sejam difusos, coletivos ou individuais homogêneos, o atual ordenamento jurídico brasileiro conta com leis esparsas: notadamente A Lei de Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, sendo imprescindível a elaboração de um Código Processual Civil Coletivo.

Com aumento das relações de massa, necessário se faz a criação de um novo ordenamento jurídico que torne efetivos os anseios de eficácia na tutela dos interesses coletivos, notadamente os decorrentes das relações de consumo e ambientais, sendo que hoje o indivíduo comum inserido na sociedade e destinatário final de tais direitos a serem tutelados, vê-se à margem do judiciário, não participando senão de forma indireta, por meio das associações, ou seja, por via da chamada *litigiosidade contida*.

Assim, com o intuito de identificar os pontos a serem superados para se alcançar a efetividade do processo coletivo, abraçamos a tarefa de, pelo estudo comparado entre o conjunto de leis que regem o tema no direito brasileiro e o “Código-Modelo de Processo Civil para Ibero-América”, que tem servido de inspiração inclusive a outros ordenamentos jurídicos, descortinar os pontos de inércia jurídica, encontrando soluções para efetividade do processo coletivo.

Para alcançar o objetivo delineado – o da efetividade do processo coletivo, tomamos como base de estudo os chamados “quatro pontos sensíveis” a serem superados: “Da Admissão do Processo”, “Do Modo de Ser do Processo”, “Da Justiça das Decisões” e da “Utilidade das Decisões”, que foram devidamente distribuídos em capítulos, e nestes delineados os escolhos a serem superados e neles apontadas as soluções.

Na “Admissão do Processo”, em que se estudou sobre a legitimidade para propositura das ações coletivas, constatou-se que, no Brasil, dentre os colegitimados, o *Parquet* é responsável por até 97% das ações coletivas e que as Associações, que deveriam bem representar o setor privado, o fazendo de forma semidireta, conforme preferiu o legislador, não cumprem tal papel. Após apontamento de dados e análise diversa sobre o assunto, foi apontada como

solução imprescindível a legitimação da pessoa física, como ocorre nos países de tradição *common law*, precursores do processo coletivo desde o século retrasado, e já adotado com êxito recentemente entre países de tradição romano-germânica.

Assim, a fim de resolver a dificuldade de acesso do setor privado nas ações coletivas, trouxe o referido Código-Modelo, inspirado nas *class actions* americanas, como legitimado, o representante da própria coletividade: a pessoa física, em participação popular direta. Para tanto, ainda inspirado no modelo americano, atribuiu ao juiz a escolha do adequado representante entre os cidadãos, passando a operar também *ope judicis*, especificamente quanto à escolha deste, resolvendo assim definitivamente o problema do acesso da coletividade ao judiciário na busca dos direitos transindividuais a serem tutelados, a fim de retirar a pesada carga hoje sob os ombros do Ministério Público, liberando-o para atribuições outras.

Quanto ao modo de ser do processo, estudamos a inovação trazida pelo “Código-Modelo de Processo Civil para Ibero-América”, com o desenvolvimento a análise a aplicação da coisa julgada *secundum eventum probationis*, possibilitando a propositura de nova ação coletiva, mesmo na hipótese de processo anterior, a sentença que julgou os pedidos improcedentes tenha sido baseada em prova, cujo ônus a parte ré vencedora tenha se desincumbido satisfatoriamente. Desta forma, desde que haja surgimento de prova nova superveniente, poder-se-ia repropor a ação, ampliando, desta forma, a concepção e alcance da coisa julgada nas ações coletivas, a benefício da coletividade.

Na justiça das decisões, observou-se o papel a ser exercido magistrado, que deve estar inserido na realidade em que vive, assumindo definitivamente seu protagonismo, deixando para trás a figura emblemática definida por Barbosa Moreira – o “magistrado estátua”, pois não se deve confundir neutralidade com acomodação, ampliando a liberdade do juiz na eficiente condução do processo, podendo por vezes agir de ofício, invertendo o ônus da prova, permitindo a modificação a causa de pedir e o pedido no curso do processo, objetivando um fim maior: a efetiva e justa entrega da tutela jurisdicional.

Por fim, na “utilidade das decisões”, aprofundou-se na verdadeira jurissatisfação, por meio da antecipação de tutela e das sentenças executivas *lato-sensu* nas obrigações de fazer e não fazer, entregar coisa diferente de dinheiro, com as medidas de coerção e sub-rogação que lhes dão eficiência.

Em uma análise crítica final, vê-se que nosso atual ordenamento jurídico que disciplina as ações coletivas *lato sensu*, se já trouxe no passado inovações, está em parte superado, inclusive em comparação com o ordenamento jurídico de países vizinhos. Sendo assim, imprescindível sejam retomados os trabalhos legislativos, objetivando uma radical e corajosa reforma, partindo do inspirado esforço de exímios doutrinadores de diversos países que se debruçaram afanosamente sobre o tema “processos coletivos”, fazendo germinar de seus esforços em conjunto inovadoras ideias. O avanço na concepção de processo coletivo, notadamente com uma mudança corajosa na representatividade adequada, seria um primeiro e decisivo passo para a tão esperada efetividade do processo, ao entregá-la a ao seu destinatário final – o ser humano, que se depara diariamente com as mazelas sociais e sente na pele as injustiças sociais e a sofrendo em razão da ausência de meios pelos quais possa ao menos poder bater às portas do judiciário. Tal mudança da lei levaria rapidamente à *judicialização das relações sociais* e, assim, a coletividade definitivamente redescobriria, pelos seus próprios esforços, o caminho da própria cidadania.



## REFERÊNCIAS

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. **Interesses Difusos e Coletivos**, 1. Ed. São Paulo: Método 2011

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária**. *Direito processual civil (ensaios e pareceres)*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**, 1. Ed. Porto Alegre: Fabris 1988

CHALLONER, Jack. **1001 invenções que mudaram o mundo**, Rio de Janeiro: Sextante. 2014

CICCO, Cláudio de. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**, 3. ed. São Paulo: RT. 2011, p.31.

DIDIER, Fredie, Jr. **Direito Processual Civil: Processo Coletivo**, 5ª Ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2010.

DINAMARCO, Pedro da Silva. **Ação civil pública**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. São Paulo: Atlas, 2013.

FIÚZA, César. **Direito Civil: Curso Completo**, 14ª Ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey.2010.

GIDI, Antônio. **Coisa Julgada e litispendência nas ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Tutela de Interesses Difusos e Coletivos**, 4ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva.2010.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado**, Ed. São Paulo: Editora Saraiva.2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Alúcio; WATANABE, Kazuo. **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Código de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto**, 9ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2007.

\_\_\_\_\_. Mandado de Segurança coletivo:legitimação, objeto e coisa julgada. O processo em evolução. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

GUEDES, Demian. **A legitimação individual para a ação civil pública**. Revista de Processo, n. 140, ano 31, outubro de 2006.

LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**, 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. **A Ação Civil Pública Após 25 Anos**, 1ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

LISBOA, Roberto Sensine. **Contratos Difusos e Coletivos**, 3ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MAIA, Raul Júnior. **Invenções – Criações que Mudaram a História**, 1ª Ed. São Paulo: Editora DCL, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública em Defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores**, 10ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **Interesses Difusos – Conceito e Legitimação para Agir**, 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Processo de Conhecimento**, v. 2. 7ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Defesa de Interesses Difusos em Juízo**, 21ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no Direito Comparado e Nacional**, 2ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

MIRRA, Alvaro Luis Valery. **Ação civil pública e a reparação do dano ao meio ambiente**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

NEVES, Daniel Amorim Assimpção. **Manual de Direito Processual Civil**, 5ª Ed. São Paulo: Editora Método.2013.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. **Interesses Difusos em Espécie**, 2ª Ed. São Paulo: Editora Saraiva.2009.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito do Consumidor: Direito Material e Processual**, 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método. 2012.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 2. São Paulo: Editora Atlas. 2008. p. 22.

WATANABE, Kazuo. **Juizado especial de pequenas causas: Lei 7.244, de 7 de novembro de 1984**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.