



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

INDIANARA PAVESI PINI SONNI

**OS MECANISMOS DE TUTELA DOS INTERESSES
TRANSINDIVIDUAIS E A SUA ADEQUAÇÃO AO SISTEMA
PROCESSUAL**

INDIANARA PAVESI PINI SONNI

**OS MECANISMOS DE TUTELA DOS INTERESSES
TRANSINDIVIDUAIS E A SUA ADEQUAÇÃO AO SISTEMA
PROCESSUAL**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito - Área de Concentração Direito Negocial, Linha de Pesquisa Acesso à Justiça: solução de conflitos atinentes a negócios jurídicos públicos e privados envolvendo interesses individuais e transindividuais - da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial para a obtenção do grau acadêmico de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti

Londrina
2011

**CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO ELABORADA PELA DIVISÃO DE
PROCESSOS TÉCNICOS DA
BIBLIOTECA CENTRAL DA UNIVERSIDADE ESTADUAL DE LONDRINA.**

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

S699m Sonni, Indianara Pavesi Pini
Os mecanismos de tutela dos interesses transindividuais e a sua adequação
ao sistema processual. / Indianara Pavesi Pini Sonni – Londrina, 2011.
197 f.

Orientador: Luiz Fernando Bellinetti
Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de
Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicado, Programa de Pós-Graduação
em Direito Negocial, 2011.

1. Interesses transindividuais - Brasil – Teses. 2. Tutela coletiva – Teses.
3. Acesso à justiça - Teses. I. Sonni, Indianara Pavesi Pini. II. Universidade
Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicado. Programa de Pós-
Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 343.022

INDIANARA PAVESI PINI SONNI

**OS MECANISMOS DE TUTELA DOS INTERESSES
TRANSINDIVIDUAIS E A SUA ADEQUAÇÃO AO SISTEMA
PROCESSUAL**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito - Área de Concentração Direito Negocial, Linha de Pesquisa Acesso à Justiça: solução de conflitos atinentes a negócios jurídicos públicos e privados envolvendo interesses individuais e transindividuais - da Universidade Estadual de Londrina, como requisito parcial para a obtenção do grau acadêmico de Mestre em Direito.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti
(Orientador)

Prof. Dr. Vicente de Paula Marques Filho

Prof. Dr. Clayton Maranhão

Londrina, 19 de julho de 2011.

AGRADECIMENTOS

Elencar nomes em agradecimentos e dedicatórias constitui uma tarefa meticulosa e complexa, pois não se pode correr o risco de omitir pessoas, cuja contribuição foi essencial, o que, indubitavelmente, devido aos atropelos e azáfamas da vida, onde nós, seres humanos, estamos em busca de algo, cuja compreensão, por algumas vezes, não é tangível, pode ocorrer. No entanto, desde já, deixo consignadas as minhas desculpas para aqueles que, por eventual omissão, não tenham os seus nomes aqui registrados.

Inicialmente, dirijo a minha gratidão a Deus, mesmo não havendo palavras para mensurar o meu reconhecimento, pois, tal projeto, que agora se caminha ao deslinde, foi por Ele permitido.

À minha família, como um todo, devo também direcionar palavras de gratidão. À minha genitora, com a sua grandeza de espírito, mas simplicidade de coração, dedicando a mim o seu carinho e amor, suprimindo e minimizando a dor pela perda do meu pai, cuja vida foi ceifada de forma repentina, tenho uma dívida incomensurável. A ele, mesmo ausente, a minha eterna gratidão, pelos ensinamentos de humildade e caráter que se revelam latentes em minha memória.

Aos meus avós...pessoas incomparáveis, exemplos de que qualquer conquista se consegue com esforço e trabalho, duas qualidades que ainda pulsam neles, mesmo com os vestígios da idade registrados em seu físico e em sua vivência. Aos meus irmãos; crescemos, dividimos muitas tristezas, e agora compartilhamos essa conquista.

Ao meu esposo, que se revelou um exímio companheiro nessa empreitada, mitigando os obstáculos e empecilhos que nortearam o transcurso desses dois derradeiros anos. O mesmo digo da minha sogra, que suavizou outros encargos rotineiros da vida, permitindo, assim, mais tempo aos objetivos propostos.

A todos os companheiros que iniciaram o mestrado comigo, todos dignos de admiração, pois a sua coragem, força e dedicação, em meio às correrias de outros setores da vida, se revelaram condições imprescindíveis para o estudo. Todavia, quero tomar a liberdade e nomear dois grandes amigos, Maria Claudia e Anderson Azevedo. A primeira, pelo companheirismo, desde quando ingressamos como aluna especial; e o segundo, pelas discussões sobre os assuntos pertinentes à nossa dissertação, pois compartilhamos o tema do primeiro seminário ministrado,

cujo assunto era comum aos nossos projetos de dissertação.

Devo ressaltar os meus agradecimentos a dois docentes relevantes a este trabalho: ao professor Doutor Vicente de Paula Marques Filho, pelas valiosas contribuições destacadas no momento da qualificação; e ao professor Doutor Clayton Maranhão, pela disponibilidade em participar desta banca, deixando-me honrada com a sua presença.

Por fim, e de suma importância, quero agradecer ao meu orientador, professor Doutor. Luiz Fernando Bellinetti. Trata-se de um docente que eu denomino de “enciclopédia humana,” pois em sua pessoa, se concentra um nítido saber, não só jurídico, mas das mais diversas vertentes do conhecimento. Admiro a sua história, as suas conquistas, e me sinto lisonjeada por ter tido a oportunidade de conviver com ele e usufruir uma pequena parcela do seu vasto conhecimento.

“Se os fracos não têm a força das armas, que se armem com a força do seu direito, com a afirmação do seu direito, entregando-se por ele a todos os sacrifícios necessários para que o mundo não lhes desconheça o caráter de entidades dignas de existência na comunhão internacional.” (Rui Barbosa – A Revogação da Neutralidade Brasileira, 33).

SONNI, Indianara Pavesi Pini. **Os mecanismos de tutela dos interesses transindividuais e sua adequação ao sistema processual**. 2011. 197f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2011.

RESUMO

Os interesses transindividuais possuem relevância ímpar, no âmbito do Estado Democrático de Direito, por abarcarem premissas fundamentais, oriundas da dignidade da pessoa humana, um dos postulados da República Federativa do Brasil (art.1º, III CF). Nesse aspecto, diante dos seus contornos e características típicas, que transcendem a esfera do singular, os interesses coletivos postulam uma tutela diferenciada, adequada às suas peculiaridades, para que o Judiciário possa proceder a uma efetiva tutela jurisdicional, dever monopolizado pelo Estado, e direito fundamental abalizado pela Lei Maior. Assim, para a consecução de tal propósito, o sistema processual vigente deve ser ajustado, dotado de institutos e mecanismos coerentes com as exigências dos interesses transindividuais, pois, neste sistema, predominam traços individualistas, aptos a regulamentar os direitos com titulares definidos, porém, insubsistente à tutela coletiva, com institutos controversos nessa seara, a exemplo da coisa julgada material, mais propriamente, os seus limites subjetivos, e da legitimidade ativa, uma das condições da ação. Dessa forma, como propostas de disciplina dos interesses que transcendem a esfera do singular, vigoram, no ordenamento jurídico, alguns anteprojeto, como, do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual), coordenado pela professora Ada Pellegrini Grinover, junto ao Programa de Pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); outro elaborado em conjunto pelos programas de Pós Graduação *Stricto Sensu* da UERJ (Universidade Estadual do Rio de Janeiro) e da UNESA (Universidade Estácio de Sá), encabeçado pelo professor Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; e, por fim, a alternativa apresentada pelo professor Antonio Gidi, todos calcados na promulgação de um Código Brasileiro de Processo Coletivo, com as regras específicas para o trâmite desse processo. A alternativa a ser reverenciada pelo Poder Legislativo, ao exercer o seu papel constitucional, de elaboração das normas legais, direcionadas a dirimir a convivência em sociedade, deve ser a que melhor se coadune com as premissas que justificam e amparam todas as propostas de disciplina dos interesses transindividuais, ou seja, o princípio do acesso à Justiça, da economia processual, da efetividade, dentre outros. Portanto, a regulamentação adotada deve ser suscetível de sanar todos os dissensos existentes no campo dos interesses transindividuais, para assim, munir o Judiciário de um aparato apto a concretizar a efetividade da tutela coletiva.

Palavras chave: Interesses transindividuais. Tutela coletiva. Acesso à justiça.

SONNI, Indianara Pavesi Pini. **The protection mechanisms of transindividual interests and its suitability for the court system.** 2011. 197f. Dissertation (Master's Program in Negotiation Law) - State University of Londrina, Londrina, 2011.

ABSTRACT

The transindividual interests have unique relevance, in the context of the Democratic State of law, by straddling the fundamental premises, derived from human dignity, one of the postulates of the Federative Republic of Brazil (Article 1, III CF). In that aspect, before their contours and typical characteristics, which transcend the sphere of the individual, the collective interests postulate a differentiated protection, appropriate to its peculiarities, so that the Judiciary to make an effective judicial protection, due monopolized by the State, and fundamental right stated by the Supreme Law. Thus, to achieve this purpose, the current procedural system should be adjusted, endowed with institutions and mechanisms consistent with the requirements of the transindividual interests, which predominate individualistic traits, able to regulate the rights with defined holders, but ineffectual for collective protection, with controversial institutes in this seara, as example of the *res judicata*, more properly, their subjective limits, and the active legitimacy, one of the conditions of action. Thus, as proposals of discipline of interests that transcend the sphere of singular, prevail, in the legal system, some preliminary projects, such as IBDP (Brazilian Institute of Procedural Law), coordinated by Professor Ada Pellegrini Grinover, along the Postgraduate Program of the Law College of São Paulo University (USP); other developed together the *Stricto Sensu* Postgraduate Programs of UERJ (State University of Rio de Janeiro) and of UNESA (Estácio de Sá University), headed by Professor Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; and finally, the alternative presented by Professor Antonio Gidi, all of them rooted in the promulgation of a Brazilian Code of Collective Process, with specific rules for the proceeding of this process. The alternative to be revered by the Legislature, when exercising its constitutional role, of preparation of legal norms, aimed at resolving the relationships in society, should be the one that best matches the premises that justify and support all the proposals of discipline of the transindividual interests, in other words, the beginning of access to justice, of procedural economy, effectiveness, among others. Therefore, the adopted regulation should be susceptible to solve all the disagreements existing in the field of transindividual interests, so that, fit the Judiciary of an apparatus able to achieve the effectiveness of the collective protection.

Key-words: Transindividual interests. Collective protection. Access to justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I: DIREITO E PROCESSO	14
I.1 DEFINIÇÃO E CONCEITO DE DIREITO	14
I.2 DIREITO MATERIAL E DIREITO PROCESSUAL	20
I.3 O PROCESSO	22
I.4 A RELAÇÃO ENTRE DIREITO MATERIAL E PROCESSO	26
CAPÍTULO II: INTERESSES E TUTELA	33
II.1 TUTELA JURÍDICA E TUTELA JURISDICIONAL	35
II.2 INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS: CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO	36
II.3 TUTELA JURISDICIONAL TRANSINDIVIDUAL. O PROCESSO COLETIVO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL TRANSINDIVIDUAL	41
II.4 A CONCEPÇÃO DO PROCESSO TRADICIONAL E A CONJUNTURA DO PROCESSO COLETIVO	45
CAPÍTULO III: OS PRINCIPAIS MECANISMOS PROCESSUAIS COLETIVOS	54
III.1 ASPECTOS GERAIS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA: CABIMENTO, ESCOPO E O SEU INTERCÂMBIO COM O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	58
III.2 AÇÃO POPULAR: CONCEITO E APLICABILIDADE	64
III.3 MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES GERAIS E ASPECTOS DA LEI N.º 12.016 DE 2009	67
III.4 CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO DA TUTELA COLETIVA	73
III.4.1 A Ação Civil Pública e o Controle Difuso de Constitucionalidade	74
CAPÍTULO IV: A ADEQUAÇÃO AO SISTEMA PROCESSUAL	82
IV.1 A RELEVÂNCIA DA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA. PRINCÍPIOS PROCESSUAIS COLETIVOS – O ACESSO À JUSTIÇA	82
IV.2 A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA: MICROSSISTEMA OU CÓDIGO AUTÔNOMO?	90

IV.3	AS PROPOSTAS EXISTENTES QUANTO À TUTELA DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS: OS ANTEPROJETOS DE CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO	92
IV.4	A ANÁLISE DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS À LUZ DA CONCEPÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA NORMATIVISTA, PROPOSTA POR KELSEN	101
IV.5	A CODIFICAÇÃO COMO PROPOSTA À TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA	107
	CONCLUSÃO	113
	REFERÊNCIAS	120
	ANEXOS	125
	ANEXO I.....	126
	ANEXO II.....	152
	ANEXO III.....	170
	ANEXO IV	182

INTRODUÇÃO

A presença dos interesses transindividuais, na sociedade contemporânea, caracterizada como globalizada, massificada, revela-se latente, de forma que o Direito deve imputar a tais interesses um aparato normativo apto a viabilizar a tutela jurisdicional coletiva, em atenção aos princípios e garantias constitucionais.

Nesse sentido, o escopo desse trabalho concentra em analisar a relevância e o imperativo de uma tutela jurisdicional coletiva efetiva que possa se revelar como uma resposta do ordenamento jurídico a essa nova conjuntura fática, reinante na sociedade, a qual postula a atuação do Poder Judiciário, face à inércia dos demais Poderes em ratificá-los, ou mesmo diante dos conflitos característicos desse corpo social, que suscita o surgimento dos interesses transindividuais.

Para tal intento, antes de adentrar nos assuntos específicos ao tema em análise, no capítulo inicial, serão abordadas as concepções de Direito e Processo, que se constituem os objetos estruturais, sobre os quais se respaldam todo instituto integrante do ordenamento jurídico, e cuja compreensão revela-se imprescindível para o entendimento de qualquer tema que se pretende discutir. Será sopesada, também, a intersecção entre o direito material e o processual, como compartimentos do Direito, que não são estanques, mas se interagem em prol da consecução de premissas inerentes à órbita jurídica, destacando, assim, o caráter instrumental do processo.

Todas as peculiaridades e contornos diferenciados dos interesses que exorbitam a órbita do singular serão objetos de análise do capítulo II, cujo escopo se concentra em delinear essas características, para, assim, apontar os motivos que ensejam uma tutela jurisdicional diferenciada, adaptada às ramificações dos interesses transindividuais.

Ainda, nesse capítulo, o processo será abordado como um mecanismo de efetivação não só dos direitos singulares, mas dos interesses transindividuais como um todo, cuja instrumentalidade é potencializada na órbita da tutela coletiva.

No capítulo II será feito um paralelo entre a concepção do processo tradicional e a conjuntura do processo coletivo, demonstrando os traços distintivos. Especificamente, serão ressaltados os dissensos concernentes aos pontos denominados como sensíveis, no âmbito da tutela coletiva, quais sejam, a legitimidade ativa, uma das condições da ação; e os limites subjetivos da coisa

julgada material, instituto destinado a proporcionar segurança jurídica, pois evita que a discussão sobre determinado direito se perpetue no plano jurídico.

Caminhando ao assunto central do presente estudo, o capítulo III terá como objeto os principais mecanismos de tutela dos interesses coletivos. O referido tema fará remissão ao atual complexo a que os operadores do Direito dispõem para a tutela dos interesses transindividuais, ou seja, leis específicas, esparsas, que integram um complexo denominado de microssistema, ou subsistema, inserido no regulamento maior, que é o direito processual civil.

O primeiro instrumento destacado, nesse capítulo, será o previsto pela lei n.º 7.347/1985, a Ação Civil Pública, considerada como ação coletiva típica, por ser o procedimento mais utilizado para a tutela dos interesses transindividuais em juízo. Será ressaltada, ainda, a interação do referido diploma legal com a lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), em que o artigo 90 do aludido complexo prescreve a incidência das normas proferidas pela lei da Ação Civil Pública, além da subsunção das disposições disciplinadas pelo Código de Processo Civil.

O próximo instrumento destacado como de tutela dos interesses coletivos será a Ação Popular, instituída com a Carta Constitucional de 1934, ratificado pelas Constituições posteriores, e regulamentado pela lei n.º 4.717 de 1965, ainda em vigor, previsto, também, no artigo 5º, LXXIII da Lei Maior. Nesse mesmo capítulo, será analisado o Mandado de Segurança Coletivo, à luz da lei n.º 12.016 de 2009, com alguns apontamentos concernentes ao seu objeto.

O controle concentrado de constitucionalidade, no âmbito da tutela coletiva, também será objeto de análise desse mesmo capítulo. Para a compreensão desse mecanismo como de proteção dos interesses transindividuais, haverá uma abordagem, ainda que de forma não subsistente, no que consiste o controle de constitucionalidade, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, por meio das ações competentes: ADIN e ADECON (Ação Direta de Inconstitucionalidade e Ação Declaratória de Constitucionalidade). Essas ações, repisando os dizeres de Zavascki,¹ possuem “aptidão para firmar, quando julgadas no seu mérito, juízo de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade do preceito normativo que lhes dá objeto (lei 9868/99, art. 24).”

¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo*: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 282.

Nesse mesmo aspecto, será analisada a discussão concernente a possibilidade de Ação Civil Pública ser um mecanismo suscetível de controle difuso de constitucionalidade. Para tanto, necessário se faz efetuar uma transcrição dos posicionamentos acerca do assunto, alguns favoráveis, em que um dos fundamentos consiste na incisiva atuação do Poder Judiciário, diante dos interesses transindividuais; outros contrários ao uso da ACP como instrumento hábil de controle esparso de constitucionalidade, haja vista a amplitude do objeto da lei n.º 7.347/1985, além do efeito *erga omnes*, previsto pelo artigo 16 do aludido diploma legal.

O último capítulo inicia enfatizando todos os princípios que atribuem relevância à tutela jurisdicional coletiva, ressaltando o acesso à Justiça. Essas premissas são elencadas pelas propostas de regulamentação dos interesses transindividuais como justificativas para o imperativo de uma disciplina efetiva de tais interesses.

Como forma de investigar o assunto central desse estudo, será indagada se a efetividade da tutela jurisdicional coletiva depende de uma codificação, ou o atual microsistema estaria em consonância com a necessidade de uma efetiva tutela coletiva.

As atuais propostas de codificação, presentes no ordenamento jurídico, uma defendida pelo Instituto de Direito Processual (IBDP), outra elaborada, em conjunto, pelos programas de Pós Graduação *Stricto Sensu* da UERJ (Universidade Estadual do Rio de Janeiro) e da UNESA (Universidade Estácio de Sá), encabeçada pelo professor Dr. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, e, por fim, a alternativa apresentada pelo professor Antonio Gidi estarão sob análise, especificamente, no que concerne aos pontos considerados como sensíveis na seara da tutela jurisdicional coletiva: limites subjetivos da coisa julgada e legitimidade ativa.

No que tange à problemática a ser enfrentada pela nova regulamentação da tutela jurisdicional coletiva, há, ainda, uma alternativa que também estará em destaque nesse capítulo: é uma proposta apresentada pelo professor Dr. Luiz Fernando Bellinetti, professor associado da Universidade Estadual de Londrina, que consiste em disciplinar os interesses coletivos sob o enfoque de uma perspectiva de relação jurídica distinta da que, comumente, é adotada pelo ordenamento jurídico, ou seja, a relação jurídica normativista, difundida inicialmente por Kelsen, a qual inspira a ideia do autor em análise.

Assim, para entender no que consiste essa perspectiva de relação jurídica, faz-se necessário ingressar, nos postulados difundidos por Kelsen, no que tange a esse assunto, de forma que a estrutura da relação jurídica normativista será analisada nesse mesmo capítulo, imergindo, para tanto, nos postulados que integram tal concepção.

Caminhando para o desfecho do presente estudo, a existência de um código específico será apresentada como uma solução para consubstanciar a efetiva tutela jurisdicional dos interesses transindividuais, com a ressalva de que, como será discorrido, essa codificação não deve representar tão somente o agrupamento dos postulados regulamentadores dos interesses coletivos, mas, sim, ser suscetível de conceber uma efetividade, na proteção dos interesses não singulares, de forma a saciar os anseios dos jurisdicionados que, ao postular no Judiciário a proteção do seu direito, almejam um provimento apto a tal objetivo.

CAPÍTULO I

DIREITO E PROCESSO

I.1 DEFINIÇÃO E CONCEITO DE DIREITO

Qualquer manuscrito, direcionado a elucidar e discorrer sobre temas de cunho jurídico, postula que os assuntos introdutórios versem sobre questões concernentes ao Direito, uma vez que se trata de bases que fornecem respaldo e sobre as quais se constroem todos os temas jurídicos, sendo primordiais para a compreensão de qualquer assunto dessa amplitude.

Nesse sentido, as concepções concernentes ao processo também assumem tamanha relevância. Não há como adentrar no campo da tutela dos interesses transindividuais sem o conhecimento prévio e as noções básicas do processo, o qual, também, no âmbito coletivo, é o instrumento da prestação jurisdicional.

Desta feita, antes de iniciar o estudo sobre os assuntos introdutórios pertinentes, é necessário elencar as diferenças entre o ato de conceituar e o de definir. Ambos, embora atuem no âmbito da ontognoseologia,² pois priorizam o conhecimento da essência, das origens dos institutos, assumem ramificações diversas, como ensina Bellinetti.³

Conceituar um objeto significa capturar-lhe a essência, dizer o que é, enquanto que definir o objeto significa incluí-lo em uma classe, pela determinação das condições sobre as quais o objeto por definir se identifica com os demais elementos da referida classe.

Assim, por meio do posicionamento acima, constata-se que, ao conceituar o objeto a ser cognoscido, conhece-se a sua essência, o seu significado enquanto, ao defini-lo, sabe-se a classe na qual o objeto, pelas suas características e ramificações, está inserido. Dessa forma, assevera-se que há diferença entre o conceito e a definição de Direito.

² Junção da ontologia com a gnoseologia. Para o conhecimento, é indispensável a correlação entre sujeito e objeto. Gnosiologia (também chamada Gnoseologia) é o ramo da filosofia que se preocupa com a validade do conhecimento em função do sujeito cognoscente, ou seja, daquele que conhece o objeto. Este (o objeto), por sua vez, é questionado pela ontologia que é o ramo da filosofia que se preocupa com o ser.

³ BELLINETTI, Luiz Fernando. *Direito e Processo. Processo e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 816-826.

Coelho,⁴ em uma obra que intitulou como *Aulas de Introdução ao Direito*, disciplina o conceito do Direito sobre diversos aspectos: ontológico, linguístico e dialético. Para o autor, o Direito é “um objeto do saber que se pressupõe científico,” de maneira que demanda, de início, dois enfoques de análise: a consistência do objeto e como é acessado pelo conhecimento. Sobre o aspecto ontológico, entende o autor, que se situa paralelamente ao linguístico, pois palavras e pensamentos presentes na compreensão popular nem sempre se coadunam com as acepções ontológicas do que representa o Direito, o qual é “filosófico, especulativo e dedica-se à busca de universais inerentes ao seu próprio conceito.”

Em que pese o caráter filosófico do Direito, deve-se ressaltar que tal objeto se constitui por ser um fato social, tendo, por conseguinte, um cunho sociológico. O Direito consagra obrigações, deveres e responsabilidades, pautado sempre nos postulados de Justiça. Assim, diante de uma infração aos preceitos legais, o Direito imputa as respectivas sanções ao transgressor.

Vislumbrar o Direito, no aspecto lingüístico, engloba os significados presentes na linguagem ordinária, ou seja, o conhecimento que o senso corriqueiro detém acerca de tal objeto, sem qualquer aprofundamento nos assuntos a ele pertinentes. Exemplificando, comumente, o Direito é conhecido como norma, definição que se concentra tão somente no direito objetivo. De outra forma, sendo o Direito visto superficialmente, é enquadrá-lo como mera faculdade (direito subjetivo). Não há contradição entre ambas as ramificações do Direito, mas são vertentes distintas.

A vertente dialética consiste em uma visão dos objetos do conhecimento em sua totalidade e dinamicidade a eles inerentes. Em relação ao Direito, a dialética procura “integrar as diversas visões parciais numa compreensão muito mais abrangente, totalizadora e dinâmica.”⁵ No âmbito da dialética, o Direito é definido em função dos objetos naturais (dotados de concreção e neutros de valor), ideais (possuem valor, mas são desprovidos de concreção), metafísicos (atuam no campo da intuição, não se realizam por determinado método) e culturais (possuem concretude e cunho valorativo).

⁴ COELHO, Luiz Fernando. *Aulas de introdução ao direito*. Barueri: Manole, 2004, p. 110.

⁵ *Ibidem*, p. 127.

Gusmão⁶ atribui três sentidos à concepção de Direito: primeiro, como uma regra de conduta obrigatória (direito objetivo); segundo, como sistema de conhecimentos jurídicos (ciência do direito); e por fim, “a faculdade ou poderes que tem ou pode ter uma pessoa, ou seja, o que pode uma pessoa exigir da outra (direito subjetivo).” Para o autor,⁷ a característica marcante do direito é a coercibilidade “que consiste na possibilidade do emprego da força física para fazê-lo ser observado, na possibilidade de se recorrer ao Poder Judiciário para fazê-lo ser respeitado.”

O conceito de Direito resulta da abordagem e do enfoque concedido à disciplina. O positivismo, o naturalismo (ou neopositivismo ou jusnaturalismo), proporcionam concepções distintas de Direito, sendo que nenhuma pode ser considerada equivocada ou inadequada. Trata-se de construções, resultantes da evolução histórica, cada fase elencando o Direito de acordo com o seu enfoque, com a postura adotada. Como enuncia Reale,⁸ “cada época, no entanto, realiza os seus valores em sua plenitude e autenticidade, não sendo aconselhável destacar uma delas como grau de um processo de ideação iluminística progressiva.”

Ater-se, minuciosamente, a cada uma dessas abordagens, demandaria um árduo e extenso estudo, incorrendo-se no risco de se esquivar do tema ora proposto. Todavia, a título de exemplificação, pode-se discorrer sobre o entendimento de um positivista acerca do Direito. Para Kelsen,⁹ o Direito são ordens coativas que regulam a conduta humana, sendo que uma ordem “é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade,” ou seja, uma norma fundamental. Por sua vez, o direito natural, como define Bodenheimer,¹⁰ “é comum a todas as pessoas no sentido de que a ele se chega por um instituto de natureza e não por qualquer convenção humana.”

Assim, o transcurso histórico, com o surgimento de novas conjecturas, não confere superação ou supressão dos conceitos proclamados pela respectiva teoria outrora em evidência, trata-se de uma análise do enfoque, sob o qual é abordado o objeto cognoscido (o Direito).

⁶ GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo de direito*. 27. ed.rev. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 49.

⁷ *Ibidem*, p. 50.

⁸ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p.498.

⁹ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito* (tradução João Baptista Machado). 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 33.

¹⁰ BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito. Filosofia e metodologia jurídica*. Tradução Ernés Marzano. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 37.

Por meio da análise das reflexões acima, constata-se que o conceito de Direito a seguir, difundido por Coelho,¹¹ revela-se coerente.

Em suma, o direito é fenômeno que ocorre na sociedade e manifesta-se por meio de normas de conduta, as normas jurídicas. O fenômeno jurídico é o conjunto de normas jurídicas de uma sociedade em dado momento histórico, que expressam valores aceitos pela comunidade regida por tais normas.

Nesse momento, pode-se aduzir à Teoria Tridimensional do Direito, cujo percussor é Miguel Reale.¹² Para o autor, o Direito é a realidade “cultural tridimensional de natureza bilateral atributiva, ou, se quisermos discriminar no conceito a natureza dos três elementos ou fatores examinados, realidade histórico – cultural ordenada de forma bilateral atributiva segundo valores de convivência.”

Desta feita, se o Direito é compreendido como a interação de três elementos, o estudo jurídico, feito sob uma determinada e isolada ótica, revela-se infrutífero e precário. O Direito não é só fato, ou apenas norma, ou ainda, um elemento axiológico, isoladamente considerado, mas, uma conjuntura dos três fatores.

A tridimensionalidade consiste na ideia de que o Direito é uma integração normativa de fatos, segundo valores, ou seja, devido ao valor, a relevância, o fato exige do ordenamento uma norma jurídica que o discipline e regulamente, harmonizando e pacificando os conflitos que pairam sobre tais fatos. Como enfatiza Reale,¹³ “a correlação entre aqueles três elementos é de natureza funcional e dialética, dada a implicação-polaridade existente entre fato e valor, de cuja tensão resulta o momento normativo como solução superadora e integrante nos limites circunstanciais e de tempo.”

Assim, a acepção de Direito possui as noções de poder e de sociedade como elementos intrínsecos. O Direito é uma “vinculação bilateral-atributiva da conduta humana para a realização ordenada dos valores de convivência.”¹⁴ Por isso, pode-se reproduzir os dizeres de Reale para afirmar que a sociedade é a condição do Direito, a bilateralidade atributiva é uma forma ordenatória (sendo o Poder a garantia de sua realização), e a Justiça o seu escopo primordial.

¹¹ COELHO, Luiz Fernando. *Aulas de introdução ao direito*. Barueri: Manole, 2004, p. 130.

¹² REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 699.

¹³ _____. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5. ed. rev. e reestruturada. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 57.

¹⁴ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 703.

Se o poder é inerente ao Direito, então ele possui relação com a soberania, a qual, ao lado de povo e território, é um dos elementos constitutivos de Estado. Diante do fenômeno emblemático designado de globalização, a soberania vem adquirindo novos contornos, novas concepções. Não se trata de uma mitigação ou atenuação, mas sim, de uma forma distinta de vislumbrar a soberania, para que ela se coadune com as exigências da sociedade contemporânea, acometida pelo mundo global.

O Direito está relacionado com o poder, no âmbito estatal, para exercer a soberania (um dos elementos constitutivos do Estado). Por meio da soberania, o Estado exerce, dentro dos limites de validade (espacial, pessoal e temporal), a sua força coercitiva. “O estado enquanto ordenamento coativo é uma técnica de organização social, enquanto tal, isto é, enquanto técnica, ou conjunto de meios para um objetivo, pode ser empregado para os fins mais diversos.”¹⁵

Bellinetti¹⁶ entende que o Direito é definido como “ordenamento que visa regular a conduta humana de forma bilateral, externa e coercível.” Assim, há três características marcantes: o Direito tem a função de disciplinar a conduta humana, por meio de normas que são bilaterais, externas e coercíveis. Esta última característica imputa ao Direito o caráter de impositivo, de obrigação das normas jurídicas, ou seja, a subsunção da lei independe do aspecto voluntário do agente à qual é dirigida. O aspecto externo do Direito reproduz a ideia de que ele se destina a orientar a conduta, a atitude humana, que são oriundas do pensamento do indivíduo. O Direito incide no agir, e não no pensar dos sujeitos, embora ambas as ações sejam correlatas.

A bilateralidade, prerrogativa imanente ao Direito, traduz, segundo a concepção tradicional, o binômio direito/dever, ou, de acordo com a ideia de Kelsen, ordenamento/ordenado. De acordo com Reale,¹⁷ que se enquadra na noção clássica, a bilateralidade atributiva é uma “expressão de uma valoração objetiva *inter homines*”, pois, o “Direito é dever ser que se projeta necessariamente no plano da experiência concreta”. Pela noção de Kelsen,¹⁸ para o qual “as normas de uma

¹⁵ BOBBIO, Norberto. *Estado governo e sociedade. Para uma teoria geral da política*. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004, p. 94.

¹⁶ BELLINETTI, Luiz Fernando. *Direito e processo. Processo e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 816-826.

¹⁷ REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 706/707.

¹⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 33 e 188.

ordem jurídica regulam a conduta humana,” a definição de relação jurídica consiste em “relações entre normas jurídicas ou relações entre fatos determinados pelas normas jurídicas.” Para o autor, o conceito de sujeito jurídico se traduz na seguinte forma.

...dizer que um indivíduo é sujeito de um dever jurídico, ou tem um dever jurídico, nada mais significa senão que uma determinada conduta deste indivíduo é conteúdo de um dever pela ordem jurídica estatuído, quer dizer: que a conduta oposta é tornada pressuposto de uma sanção; e que, com a afirmação de que um indivíduo é sujeito de um poder jurídico, de uma faculdade (poder) ou competência, ou de que tem um poder jurídico, faculdade ou competência, nada mais significa senão que, de acordo com a ordem jurídica, são produzidas ou aplicadas normas jurídicas através de determinados atos deste indivíduo ou que determinados atos deste indivíduo cooperam na criação ou aplicação de normas jurídicas.

Conforme Bedaque,¹⁹ “o Direito é, pois, um fenômeno humano e social,” uma vez que as pessoas se relacionam entre si, de modo que parte dessas relações são “objeto de regulamentação do Estado, que edita normas de conduta, cuja obediência é imposta a todas as pessoas.”

Dessa forma, pode-se vislumbrar o conceito e a definição de Direito que remontam a uma amplitude considerável de tal objeto, ressaltando, de imediato, que devido à magnitude desse tema, inexiste uma única definição ou conceito de Direito, sendo que os significados elencados se justapõem, a fim de alcançar uma acepção vasta e esborçada do assunto.

O Direito é complexo de normas, princípios, regras, enfim, quaisquer postulados que regulamentam as atitudes humanas, de forma bilateral, externa e coercível, destinadas a concretizar uma convivência harmônica em sociedade. É esse o significado do Direito, sendo um objeto de essência complexa e dinâmica, pois interage com outras vertentes; sociológica, axiológica, dentre outras.

Quanto ao conceito de Direito, pode-se afirmar, como já enfatizado acima, que é um fenômeno jurídico que se materializa na sociedade, cuja essência é caracterizada de acordo com a perspectiva ou corrente que o Direito é vislumbrado. De toda a sorte, pode-se sustentar, assim como Bellinetti,²⁰ que o Direito pode ser

¹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo*. 3. ed.rev. e ampl. São Paulo: Malheiro, 2003, p. 9.

²⁰ BELLINETTI, Luiz Fernando. *Direito e processo. Processo e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 816-826.

visto, “como uma estrutura tridimensional, composta por três perspectivas,” ou seja: vigente (sistema normativo - legal calcado em todo o complexo normativo); eficaz (o Direito é um conjunto de regras que, efetivamente, são observadas pela coletividade, “é um produto da sociedade;” e, por fim, o Direito intrinsecamente válido.

I.2 DIREITO MATERIAL E DIREITO PROCESSUAL

Em se tratando, ainda, de temas relacionados à propedêutica, isto é, aos aspectos introdutórios ou preliminares, necessários ao conhecimento de determinado assunto jurídico, revela-se pertinente a análise da dicotomia entre o direito material e o processual. O direito material, também denominado substancial, prescreve o direito subjetivo do indivíduo, ou seja, quando determinado sujeito tem o seu interesse afirmado pelo ordenamento jurídico material. Essa garantia permite a esse detentor postular a subsunção da norma, em determinada situação concreta, que o faz por meio dos instrumentos previstos pelas normas de direito processual.

Assim, de acordo com Bedaque,²¹ “tem direito subjetivo o titular de um interesse juridicamente protegido pela norma substancial.” Essa expressão (direito subjetivo) imputa a circunstância favorável que determinado indivíduo detém, em uma real situação.

Nesse mister, discorrem Cintra, Grinover e Dinamarco²² que “direito material é o corpo de normas que disciplinam as relações jurídicas referentes a bens e utilidades da vida (direito civil, penal, administrativo, comercial, tributário, trabalhista etc.).”

As normas direcionadas a disciplinar a solução dos conflitos integram o ramo do direito substancial (ou material), presentes nos códigos e leis específicas. São direcionadas aos sujeitos da sociedade, e estabelecem critérios para a atribuição dos bens a eles, bem como disciplinam a cooperação de pessoas em atividades de interesse comum.

As normas processuais, por sua vez, operam quando algum indivíduo pleiteia uma tutela jurisdicional junto ao Estado, invocando direito material,

²¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo*. 3. ed.rev. e ampl. São Paulo: Malheiro, 2003, p.10.

²² CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 40.

instaurando um processo, o qual vai se guiar à luz do direito processual. Prescrevem Cintra, Grinover e Dinamarco:²³

O direito processual é, assim, do ponto de vista de sua função jurídica, um instrumento a serviço do direito material: todos os seus institutos básicos (jurisdição, ação, exceção e processo) são concebidos e justificam-se no quadro das instituições do Estado pela necessidade de garantir a autoridade do ordenamento jurídico. O objeto do direito processual reside precisamente nesses institutos e eles concorrem decisivamente para dar-lhe sua própria individualidade e distingui-lo do direito material.

O direito material é constituído por um complexo de normas destinadas a disciplinar os conflitos de interesse, “de natureza individual ou coletiva, determinando qual deve prevalecer,”²⁴ ao passo que o direito processual é integrado por regras de carácter instrumental, que se aplica para dirimir os conflitos.

Dinamarco²⁵ defende que “funcionalmente, direito processual opõe-se a direito material ou substancial.” Segundo o autor, o direito processual não possui normas adequadas à atribuição de bens da vida aos indivíduos, nem regras direcionadas a disciplinar o convívio, mas, é um conjunto de normas direcionadas a organizar a realização do processo em si mesmo. O processo, que é a técnica da solução de conflitos pelo Estado, está definido, no âmbito do direito processual civil, onde inexistente qualquer norma que determina o teor dos julgamentos; ou que dita critérios capazes de definir qual dos litigantes é o detentor do bem da vida, objeto da lide em análise.

Pelo exposto, assevera-se que, sob o prisma da classificação das normas quanto aos seus critérios e finalidades, o ordenamento jurídico divide-se em “dois planos distintos, interagentes, mas autônomos, e cada qual com sua função específica:”²⁶ as normas substanciais definem “modelos de fatos capazes de criar direitos, obrigações ou situações jurídicas novas, além de estabelecer as conseqüências da ocorrência desses fatos,” ao passo que as normas processuais “ditam critérios para a descoberta dos fatos relevantes e revelação da norma

²³ CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 40.

²⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiro, 2003, p. 11.

²⁵ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. rev. atual. vol. I. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 39.

²⁶ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. rev. atual. vol. II. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 42.

substancial concreta emergente deles,” com vista à efetivação prática das soluções ditadas pelo direito material.

Desta feita, embora haja autonomia do direito processual, e o fato de que ambos os direitos encontram-se em planos distintos, “não significa que um e outro se encontrem confinados em compartimentos estanques.”²⁷ Há relação entre eles, na medida em que o processo é uma das vias pelas quais o direito material transita rumo à realização da Justiça em casos concretos, ele é um instrumento a serviço do direito material. Também, “existem significativas faixas de *estrangulamento, ou momentos de intersecção*, entre o plano substancial e o processual do ordenamento jurídico.”²⁸

I.3 O PROCESSO

Em que pese tratar-se de ramificações distintas, direito substancial e direito processual estão intrinsecamente relacionados, uma vez que o segundo possui como finalidade precípua a subsunção da lei material, no âmbito concreto, sanando, de acordo com o ordenamento vigente, o conflito reinante, por meio de um instrumento denominado processo.

Assim preceitua Dinamarco.²⁹

O sistema processual tem a função institucional de produzir com rigorosa precisão os resultados jurídicos determinados pela norma substancial e de produzi-los exclusivamente nos casos em que ela assim preceitua. Sinteticamente, cabe-lhe cumprir de modo exauriente a promessa constitucional de proporcionar tutelas jurisdicionais justas, mediante processos justos.

Assim, é nítida a relação pertinente entre direito material e processo, contudo, tal assunto será objeto do item subsequente. Cabe, por enquanto, discorrer sobre as concepções relativas ao processo, para, posteriormente, adentrar na sua instrumentalidade.

Processo, de acordo com os ensinamentos do autor acima,³⁰ possui três acepções: pelo aspecto institucional, “é um sistema de técnicas instaladas no plano

²⁷ *Ibidem*, p. 43.

²⁸ *Ibidem*, p. 43

²⁹ *Ibidem*, p.34.

³⁰ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. rev. atual.vol. II São Paulo: Malheiros, 2004, p. 24.

do direito, coordenadas por uma ciência específica, e destinadas a pacificar pessoas ou grupo de pessoas envolvidas em conflitos jurídicos.” Como categoria jurídica, há outro sentido concernente ao vocábulo processo, designa a “realidade fenomenológica da experiência dos juízes e das partes em relação a cada um dos incontáveis conflitos,” no âmbito concreto que reivindicam do Estado-Juiz a prestação da tutela jurisdicional.

Por fim, o processo, como método de trabalho,³¹ “é o resultado da soma de todas as disposições constitucionais e legais que delimitam e descreve os atos que cada um dos sujeitos processuais realiza no exercício dos seus poderes fundamentais, ou seja: a jurisdição pelo juiz, a ação pelo demandante e a defesa pelo réu.”

Alvim³² concebe o processo como um “instrumento de técnica jurídica, cujo escopo principal é a aplicação da lei a um caso controvertido, não solucionado extraprocessualmente, e cuja solução é pedida pelo autor.” Conclui, afirmando que “o processo é um instrumento público.”

Deve-se ressaltar, para uma melhor compreensão do assunto abordado, que processo e procedimento são conceitos, ontologicamente, diversos, na medida em que “processo é o sistema de compor a lide em juízo através de uma relação jurídica vinculativa de direito público, enquanto procedimento é a forma material com que o processo se realiza em cada caso concreto.”³³

O procedimento concede exterioridade ao processo, ou a relação processual; é o procedimento que, nos diferentes tipos de demanda, define e ordena os diversos atos processuais necessários, devendo sempre estar de acordo com as normas e valores constitucionais. São traços marcantes do procedimento, do ponto de vista objetivo, a multiplicidade de atos, que necessariamente o compõem, coordenados e reciprocamente dependentes, “de modo que um provoca o outro e o subsequente é legitimado pelo anterior,”³⁴ todos direcionados para a consecução de um determinado fim, ou seja, o provimento jurisdicional. Do ponto de vista subjetivo, o procedimento apresenta-se como obra de cooperação necessária entre os seus

³¹ *Ibidem*, p. 24.

³² ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 13 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 106.

³³ THEODORO, Humberto Junior. *Curso de direito processual civil. Procedimentos especiais*. vol. III. 36. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 49.

³⁴ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. rev. atual. vol. II São Paulo: Malheiros, 2004, p.51.

protagonistas, só se estabelece por iniciativa da parte e só se desenvolve em contraditório com a contraparte.

Entende-se que procedimento, portanto, revela o feitiço associativo do método estatal de composição dos conflitos (o processo). Só se estabelece e atinge o seu objetivo mediante estrita e obrigatória participação de todos os sujeitos do processo, devendo respeitar a demanda e o contraditório, em todos os seus desdobramentos, sob pena dos atos serem considerados viciados.

Outro assunto relevante, no âmbito do processo, é a sua natureza jurídica. A doutrina pacificou o entendimento de que o processo possui um caráter público, sob a perspectiva de que é visto como o exercício de uma função do Estado (jurisdição), desempenhado por autoridade própria, soberana, independente da voluntária submissão das partes.

Inicialmente, o processo era analisado como um contrato, colocando o pacto para o processo (*litis contestatio*), “no mesmo plano e com os mesmos raciocínios básicos da doutrina política do contrato social.”³⁵ Tinha como respaldo o pressuposto de que as partes se submetem, voluntariamente, ao processo e aos seus resultados, por intermédio de um negócio jurídico de direito privado. Posteriormente, por meio de uma outra teoria, criada no século XIX, derivada, ainda, na crença da necessidade de enquadrar o processo nas categorias de direito privado, o processo era visto como um quase contrato.

Mais adiante, “admitindo que o processo é fenômeno regido pela lei,”³⁶ esse instituto passou a ser visto como uma relação jurídica. Em tal acepção, formulada, inicialmente, por Oscar Von Bülow, vigora a ideia de que, no processo, há um liame entre as partes e o juiz, distinto da relação jurídica de direito material. Consiste, assim, na existência de dois planos distintos: a de direito material, discutida no processo e a de direito processual “que é o continente em que se coloca a discussão sobre aquela.”³⁷ As distinções entre relação jurídica de direito material e processual são constatadas pelos seus sujeitos, pelo seu objeto (prestação jurisdicional) e pelos seus pressupostos.

³⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p.279.

³⁶ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Tradução de Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 68.

³⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 280.

De acordo com Couture,³⁸ tal tese é a que detém maior número de adesões nos dias atuais; para ele, a relação jurídica processual consiste no “complexo de direitos e deveres que se compõem o processo civil.” E complementa.

Esse complexo de direitos e deveres dá ao processo uma situação de unidade, porquanto os diversos atos estão unidos entre si pelo fim comum a que se destinam. Essa característica ocorre em qualquer empreendimento científico, artístico ou técnico, no qual o conjunto dos atos isolados aparece ordenado pela aspiração de constituir uma unidade. No caso presente, o empreendimento é de natureza jurídica: os diversos atos processuais, reunidos, tomados em seu conjunto, formam aquela unidade jurídica que é o processo e que permite falar de uma relação jurídica orientada no sentido da obtenção de um fim unitário no campo do direito.

Posteriormente, criticando a teoria da relação jurídica processual, pois, entendia-se que o objeto do processo era a sentença e, mais propriamente, a sua qualidade (coisa julgada), uma vez que, consoante defensores dessa conjectura, a sentença modifica as relações jurídicas de direito materiais, surgiu a tese do processo como situação jurídica. Segundo tal ideia, o processo não é “relação, mas situação, ou seja, é o estado da pessoa sob o ponto de vista da sentença judicial, a qual é esperada de acordo com as normas jurídicas.”³⁹

Essa doutrina esclareceu muitos conceitos, outrora mal compreendidos, como por exemplo, ideias de ônus, de sujeição e da relação funcional do juiz com o Estado. Essa teoria efetuou um paralelo entre a guerra e o processo, afirmando que, nos dizeres de Cintra e colaboradores, reproduzindo a expressão de Goldshimidt, “onde havia o direito há ágora meras *chances*.” Prosseguem.⁴⁰

[...] o direito assume uma condição dinâmica, por meio do processo, de forma que, aquilo que, numa visão estática, era direito subjetivo, se converte em meras possibilidades (de praticar atos para que o direito seja reconhecido), expectativas (de obter esse reconhecimento) e ônus (encargo de praticar certos atos, cedendo a imperativos ou impulsos do próprio interesse para evitar sentença desfavorável).

³⁸ COUTURE, op. cit., p. 68.

³⁹ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Tradução de Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008, p. 70.

⁴⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 281.

Ainda, em tempos mais próximos, surgiu outra teoria, a qual repudiou a ideia de relação jurídica interna ao processo, proclamando “o processo como instituição jurídica,” representado pelo procedimento realizado à luz do contraditório. Segundo Couture,⁴¹ o processo compreende uma multiplicidade de relações de toda espécie: “o dos litigantes para com o Estado; o de juiz para com o Estado; o das partes; do juiz e do Estado para com certos terceiros abrangidos pela coisa julgada, dentre outros.” O processo é um complexo de relações e de situações que.

Constituirá uma instituição, desde que por tal se entenda, como faz a doutrina francesa, o conjunto de regras estabelecidas para assegurar a satisfação de interesses coletivos ou individuais, seja sob a forma de pessoa jurídica de direito público ou de privado, seja em formas de agrupamentos não personalizados, seja ainda em forma de regime instituído pela lei.

Das teorias acima explicitadas, a da relação processual é a predominante, na medida em que, no processo, o Estado e as partes estão ligadas por uma série de vínculos jurídicos. Por meio das relações jurídicas, o Direito regula, além do conflito de interesses entre as pessoas, a cooperação que elas devem desenvolver em prol de objetivo em comum. O processo é, em si mesmo, uma relação jurídica, a qual apresenta inúmeras posições jurídicas (ativa e passiva) de cada um de seus sujeitos. Ressalte-se, todavia, que o processo não é a própria relação processual, (não se trata de expressões sinônimas), processo é uma estrutura complexa, que não pode ser reduzida ao mero procedimento ou na simples relação jurídica processual. “O processo é a síntese dessa relação jurídica progressiva (relação processual) e da série de fatos que determinam a sua progressão (procedimento).”⁴²

I. 4 A RELAÇÃO ENTRE DIREITO MATERIAL E PROCESSO

O processo é caracterizado, de acordo com a teoria predominante, como uma relação processual, pois os sujeitos e as partes se entrelaçam por diversos liames distintos, de forma que, “*procedimento e relação processual coexistem no*

⁴¹ COUTURE, op. cit., p. 73-74.

⁴² CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 284.

conceito e na realidade do processo, sem que este pudesse ser o que é se lhe faltasse um desses dois elementos,” assevera Dinamarco⁴³ (grifo do autor).

Há, no ordenamento, duas relações jurídicas distintas que, embora se comuniquem, são dotadas de independência e autonomia, cada uma caracterizada pelas suas peculiaridades. Essa interação é marcada pelo fato de que o direito material prescreve os direitos subjetivos, ou seja, segundo Bedaque,⁴⁴ “a posição de vantagem assegurada pelo ordenamento jurídico material, que permite ao seu titular, numa situação concreta, invocar a norma ao seu favor,” ao passo que o direito processual regulamenta os instrumentos que possibilitem aos titulares efetivarem o direito subjetivo, previsto pela norma de direito material.

Assim, reproduzindo as palavras do autor citado,⁴⁵ “o Direito não é constituído por departamentos estanques. Sua compreensão exige seja analisado de forma global.” E essa interação confere maior complexidade e dinamicidade ao Direito.

Há, no ordenamento jurídico, “dois planos distintos, interagentes, mas autônomos, e cada qual, com sua função específica:”⁴⁶ as normas substanciais definem “modelos de fatos capazes de criar direitos, obrigações ou situações jurídicas novas, além de estabelecer as conseqüências da ocorrência desses fatos,” ao passo que as normas processuais “ditam critérios para a descoberta dos fatos relevantes e revelação da norma substancial concreta emergente deles,” com vista à efetivação prática das soluções ditadas pelo direito material.

Nesse intercambio entre ambas as ramificações do Direito, destaca-se a relevância do processo, e de todos os institutos que o compõem. O processo é o instrumento, o meio que possibilita a consecução dos direitos subjetivos previstos em abstrato pela norma material, tanto no campo do direito singular como na seara dos direitos coletivos. Por isso que o processo, em ambos os aspectos, vem sendo objeto de alterações pela legislação vigente,⁴⁷ o objetivo é conferir maior efetividade

⁴³ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. rev. atual.vol. II São Paulo: Malheiros, 2004, p. 27.

⁴⁴ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo*. 3. ed.rev. e ampl. São Paulo: Malheiro, 2003, p. 10.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 10.

⁴⁶ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. rev. atual.vol. I São Paulo: Malheiros, 2004, p. 42.

⁴⁷ Desde 2005, período denominado como a “terceira onda de reforma do processo civil,” em atenção à Emenda Constitucional 45/2004, que estipulou a razoável duração do processo como um direito fundamental (art. 5º, LXXVIII, CF), o processo vem sendo objeto de alterações legislativas, como, por exemplo, a lei n.º 11.232/2005, que trata da nova sistemática para execução de título judicial, e leis n.º 11.276 e 11.280, ambas de 2006, que regulam, respectivamente, os recursos previstos no CPC e

do processo e, por conseguinte, maior eficácia na concretização dos direitos materiais.

Desta feita, há de se ter em mente a ideia do processo como instrumento, ou mesmo a instrumentalidade do processo, concepção essa difundida por Dinamarco, em uma obra intitulada, exatamente, com essa expressão. Para o referido autor, o processo é um instrumento, porque visa à consecução de alguns objetivos (ideia de instrumentalidade e escopos processuais estão, intrinsecamente, relacionadas).

A instrumentalidade do processo é uma característica que predomina na conjuntura jurisdicional. Inicialmente, em meados do século anterior, “o processo era considerado simples meio de exercícios de direitos,”⁴⁸ sendo que a relação jurídica de natureza processual e a de direito substancial não eram dotadas de autonomia (período do sincretismo). Em uma fase posterior, denominada autonomista ou conceitual, como decorrência de relevantes teorias, como por exemplo, da natureza jurídica da ação e do processo, pressupostos processuais, o processo foi dotado de uma autonomia, “erigindo-se, definitivamente, uma ciência processual.”⁴⁹ Nesse período, todavia, o processo ainda era desprovido de uma posição mais crítica, pois tal instituto era visto apenas em razão de suas categorias e conceitos fundamentais, “um mero instrumento técnico.”

Na concepção teleológica do processo, destacam-se os fins e os objetivos pelos quais se destina a alcançar, bem como a sua utilidade. Para Dinamarco, “trata-se de instituição humana, imposta pelo Estado, e a sua legitimidade há de estar apoiada não só na capacidade de realizar objetivos, mas igualmente no modo como estes são concebidos e sentidos pela sociedade.”⁵⁰

A ideia de instrumentalidade do processo não se concentra somente na consecução do direito material, ao contrário, os objetivos processuais são mais amplos e estão relacionados com os fins da Jurisdição, sendo estes de cunho políticos, sociais e jurídicos. Segundo Bedaque, quando o indivíduo ingressa em juízo e invoca a tutela jurisdicional em seu favor, busca a proteção e o amparo de um direito material, sendo que este pode ser de caráter individual ou coletivo. Essa

uma séria de alterações, nos artigos previstos no Código de Processo Civil e, por fim, a lei n.º 11.383/2006, que proporcionou alterações para a execução de título extrajudicial.

⁴⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 42.

⁴⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 42.

⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 177.

defesa estatal, contudo, pode ser conferida tanto ao autor, como ao réu, dependendo de quem logre êxito em demonstrar a titularidade do direito material, sobre o qual versa a lide pacificada pelo Poder Judiciário: Assim preceitua o autor.⁵¹

Tais afirmações objetivam conferir ao direito processual sua verdadeira dimensão: a de instrumento voltado para fora do sistema, pois tem como escopo conferir eficácia a outro direito – o material (jurídico), para afinal atingir os seus escopos últimos (social e político). Parece que o objetivo imediato da atividade jurisdicional é o jurídico, enquanto o social e o político constituem escopos do próprio Estado, que busca alcançá-los através de suas atividades. Pode-se afirmar que o escopo jurídico absorve o social e o político. Daí as decisões proferidas em conformidade com as regras de direito material serem aptas a pacificar e afirmar a autoridade do Estado, salvo nos casos excepcionais em que o próprio ordenamento substancial não corresponda à realidade social de seu tempo.

Assim, a jurisdição é uma faceta do poder político, pois, quando o conflito, o qual requereu uma prestação jurisdicional, for solucionado com supedâneo, nos preceitos de Justiça, o resultado não se restringirá apenas à subsunção desta ao caso concreto, irá mais além: como decorrência do desfecho da lide, haverá (ao menos no plano hipotético) a pacificação com Justiça, e, por conseguinte, o cumprimento de dois fins jurisdicionais (jurídico e social). Conclui Dinamarco.⁵²

Assim, a jurisdição, como expressão do poder político. Saindo da extrema abstração consistente em afirmar que ela visa à realização da justiça em cada caso, e, mediante a prática reiterada, à implantação do clima social de justiça, chega o momento de com mais precisão indicar os resultados que, mediante o exercício da jurisdição, o Estado se propõe a produzir na vida da sociedade.

A instrumentalidade do processo não se concentra apenas nos objetivos jurídicos e sociais, quando há o deslinde processual, e o Poder Judiciário, a quem cabe a função precípua do exercício da jurisdição, resolve, definitivamente, o conflito de interesses, proferindo uma sentença, em substituição à vontade das partes, além da pacificação com Justiça, ocorrerá a perpetuação do poder estatal. O Estado legisla, aplica a lei ao caso concreto, por meio do processo e, por via reflexa, positiva e sedimenta o seu poder. Há o saneamento do conflito, mas com a prevalência da decisão do Estado em detrimento da vontade das partes.

⁵¹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 59.

⁵² DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. Ed.rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 188.

Desta feita, sendo o processo um instrumento direcionado, além da concretização do direito material, a realizar os escopos jurisdicionais, urge uma acentuada preocupação com a efetividade desse instrumento. Sendo os fins da jurisdição de indiscutível relevância, o seu meio de realização, ou seja, o processo deve ser dotado de prerrogativas e atributos que lhe garantem eficácia, a fim de que o direito material seja aplicado, e tais objetivos (jurídico, social e político) sejam vislumbrados no âmbito concreto.

Conforme Bedaque,⁵³ “processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material.” Assim, celeridade e segurança jurídica são os quesitos necessários para o aprimoramento desse instrumento, destinado a fornecer a tutela jurisdicional. A efetividade do processo é entendida como a “capacidade de exaurir os objetivos que o legitimam no contexto jurídico-social e político.”⁵⁴ Nos dizeres de Cintra e outros,⁵⁵ é o sentido positivo da instrumentalidade que desperta para o imperativo “de ter-se um sistema processual capaz de eficiente caminho à *ordem jurídica justa*” (grifo dos autores).

Por via oblíqua, há, também, o aspecto negativo do caráter instrumental, ou seja, o alerta de que o processo não é um fim em si mesmo e não deve, na prática, ser uma fonte geradora de direitos para as partes, fazendo com que “as atenções então se desviem da real situação de direito material, existente entre elas, para o modo como se comportaram processualmente e destino que em virtude disso lhes é reservado.”⁵⁶

Falar em efetividade do processo implica em superar alguns percalços e obstáculos, incongruentes com essa ideia. Acompanhando o raciocínio de Bedaque, não se pretende, ao buscar a efetividade processual, preterir alguns princípios essenciais, que devem regulamentar todo o trâmite do processo, a exemplo, do preceito do contraditório e da ampla defesa,⁵⁷ bem como do devido processo legal.⁵⁸

⁵³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 49.

⁵⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. Ed.rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 315.

⁵⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 41.

⁵⁶ DINAMARCO, op. cit., p. 316.

⁵⁷ O art. 5º, LV da CF prescreve que “aos litigantes, em processo judicial e administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

⁵⁸ Nos dizeres de Nelson Nery Junior, em sua obra *Princípios do processo civil na Constituição Federal. Processo civil, penal e administrativo*, (p.77), tudo o que disser respeito à tutela da vida, liberdade ou propriedade está sob o manto protetivo do devido processo legal. Trata-se do “princípio constitucional fundamental do processo civil, sobre os quais todos os princípios e regras se sustentam. Está insculpido no art. 5º, LIV, da CF.

Alcançar a efetividade consiste no aprimoramento de técnicas processuais, compatibilizando com “a natureza instrumental do processo.” Defende o autor.⁵⁹

O caminho mais seguro é a simplificação do procedimento, com a flexibilização das exigências formais, a fim de que possam ser adequadas aos fins pretendidos ou até ignoradas, quando não se revelarem imprescindíveis em determinadas situações. O sistema processual não deve ser concebido como uma camisa-de-força, retirando do juiz a possibilidade de adoção de soluções compatíveis com as especificidades de cada processo. As regras do procedimento devem ser simples, regulando o mínimo necessário a garantia do contraditório, mas na medida do possível, sem sacrifício da cognição exauriente.

Nesse sentido, ao discorrer sobre a efetiva tutela dos direitos, pondera Marinoni.⁶⁰

O procedimento, além de conferir oportunidade à adequada participação das partes e possibilidades de controle da atuação do juiz, deve viabilizar a proteção do direito material. Em outros termos, deve abrir ensejo à efetiva tutela dos direitos.

Assim, discorrer sobre a efetividade do processo implica em ponderar sobre o imperativo de manter o equilíbrio entre celeridade e segurança jurídica, isto é, assegurar todos os preceitos constitucionais aplicáveis ao processo, garantindo, também, um transcurso dotado de “razoável duração,” premissa fundamental, prevista na Constituição da República (art. 5º, LXXVIII).

A efetividade processual deve ser concretizada por ser o processo um instrumento do direito material e da jurisdição. Essa instrumentalidade adquire uma conotação ainda maior quando os direitos em voga são de cunho coletivo, caso em que o direito material a ser concretizado não será de titularidade singular, mas abrangerá e beneficiará uma parcela significativa da coletividade.

Nesse aspecto, Marinoni⁶¹ faz remissão à necessidade do processo coletivo para uma efetiva tutela dos direitos.

Instituir a possibilidade da tutela de direitos individuais de origem comum, por meio de uma única ação deferida a um ente idôneo e capaz, é *fundamental para que o ordenamento jurídico – por*

⁵⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 51.

⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 145.

⁶¹ MARINONI, op. cit., p. 101.

exemplo, de proteção ao consumidor – não se transforme em letra morta. Uma única ação para a tutela dos direitos individuais pertencentes a varias pessoas, além de eliminar o custo de inúmeras ações individuais, torna mais racional e célere o trabalho dos juízes e neutraliza as vantagens dos litigantes que, não fosse a ação única, se transformaria em habitual, e assim teria vantagens sobre o litigante eventual (grifo do autor).

O processo é definido, nos dizeres de Bellinetti,⁶² “como instrumento através do qual o ordenamento jurídico é construído, modificado ou aplicado.” Assim, sendo o processo, o elemento que confere “dinamismo ao ordenamento jurídico,” para a consecução de tal desígnio, tal instrumento deve ser dotado de efetividade.

Considerando o Direito como um complexo sistematizado de todas as premissas, direcionadas a regulamentar a convivência em sociedade, ressaltando, em seu conceito, a estrutura tridimensional (vigência, eficácia e validade), em todas as ramificações do Direito (material e processual), seja no âmbito da tutela coletiva ou singular, a efetividade do processo (como um instrumento), e, por via oblíqua, de todos os fins a que se destina, não deve ser uma mera abstração, é um imperativo, uma necessidade.

⁶² BELLINETTI, Luiz Fernando. *Direito e processo. Processo e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 816-826.

CAPÍTULO II

INTERESSES E TUTELA

Os temas interesse e tutela estão intrinsecamente relacionados na órbita jurídica. De acordo com as lições transcritas no capítulo anterior acerca de direito material e direito processual, pode-se afirmar que os interesses se concentram, no âmbito do primeiro (substancial), ao passo que a tutela integra o segundo, ou seja, o direito material é o conjunto de interesses que, devido à sua relevância, despertam e reivindicam uma proteção a ser impingida pela norma de direito processual, criando um mecanismo apto a proporcionar uma tutela efetiva para a conservação e manutenção desse interesse.

A solução do conflito de interesses provém das normas de direito material, que regulamentam as relações existentes entre pessoas, ou entre indivíduos e os denominados bens da vida. Ressalte-se, todavia que, embora o direito processual detenha os meios de solução de conflito, diante do surgimento deste, é do direito substancial que provém os critérios para a pacificação de tal lide.

Acerca da atuação do direito material e substancial, no que tange aos interesses, preleciona Dinamarco.⁶³

Às variadas espécies de situações regidas pelo direito material correspondem simétrica variedade de meios processuais adequados a dar-lhes solução efetiva em caso de insatisfação, sempre mediante imposição das regras jurídico-substanciais pertinentes. Como instrumento do direito material, o processo deve dar a quem tem razão precisamente aquilo que segundo este ele tem o direito de obter (bens da vida, materiais ou imateriais). A variedade de meios processuais constituiu, assim, espelho da variedade de soluções ditadas no direito substancial.

Dessa forma, pode-se afirmar com precisão, mesmo diante da fase remota da autotutela, período marcado pela ausência de um órgão estatal soberano, apto a proceder à subsunção da lei ao caso concreto, em que a decisão era imposta por uma das partes a outra, de maneira parcial, que há a co-existência entre sociedade e Direito, sendo impossível a presença de um sem o surgimento do outro. Isso porque, consoante entendem os autores da obra *Teoria geral do processo*, o Direito

⁶³ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. rev. atual.vol. I São Paulo: Malheiros, 2004, p. 147.

exerce uma função imprescindível na sociedade: de coordenar “os interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a interação entre as pessoas e compor os conflitos que se verificarem entre os seus membros.”⁶⁴

Assim, sem se ater às fases evolutivas no âmbito do direito, surge a Jurisdição: o Estado, representado pelo juiz, dotado da função jurisdicional, intervém no conflito posto a sua análise pelas partes, que não detém o poder de agir, de aplicar a Justiça, incidindo, coercitivamente, a lei em detrimento e substituição à vontade dos litigantes, por meio de um processo, respeitados todos os direitos e garantias constitucionais a ele inerentes. O Estado, por meio da jurisdição, adquiriu para si, o poder (dever) de declarar qual o direito material a ser aplicado ao caso concreto, e o faz seguindo as regras instituídas pelo direito processual.

Nos dizeres de Cintra e demais autores,⁶⁵ jurisdição é, ao mesmo tempo, poder (manifestação do poder estatal de impingir decisões), função (encargos dos entes estatais de promover a pacificação dos conflitos, mediante a realização do direito justo, por meio do processo) e, por fim, é também uma atividade, isto é, conjunto de atos dos juízes, no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que lhe compete.

Nesse sentido, de acordo com o escólio de Marinoni,⁶⁶ ação é uma “contrapartida oferecida ao cidadão diante da proibição da autotutela.” Explica o autor que, tendo sido vedada a autotutela, o Estado assumiu a obrigação de prestar a tutela jurisdicional, conferindo ao cidadão o direito de recorrer ao ente estatal, diante dos conflitos de interesses. Cintra e outros⁶⁷ definem a ação como “o direito ao exercício da atividade jurisdicional (ou poder de exigir esse exercício). Mediante o exercício da ação, provoca-se a jurisdição, que por sua vez, se exerce através daquele complexo de atos, que é o processo.”

Desta feita, a jurisdição se atém a promover “a afirmação do direito objetivo ou do ordenamento jurídico.”⁶⁸ Quando o jurisdicionado comparece ao Poder Judiciário, por meio do seu direito constitucional e processual de ação,⁶⁹ ele requer

⁶⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 20.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 131.

⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. Ed.rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 58.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 249.

⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 34.

⁶⁹ O direito de ação é denominado como constitucional porque sedimentado em Constituição da República (art.5º, XXXV), de forma abstrata, e processual porque é condicionado: todos têm o direito de pleitear a tutela jurisdicional, todavia, nem todos

que uma tutela específica recaia sobre o seu interesse, o qual está sedimentado nas normas de direito material. Como assevera Dinamarco,⁷⁰ “as soluções estão no direito substancial, os meios de impô-las são processuais.”

Assim, resta inequívoca a relação existente entre interesses e tutela, temas que serão objetos dos itens subsequentes.

II. 1 TUTELA JURÍDICA E TUTELA JURISDICIONAL

Segundo Greco,⁷¹ “a atividade jurisdicional é atividade secundária, inerte, somente atua quando provocada e se substitui a vontade das partes, impedidas que estão de exercer o seu direito coativamente pelas próprias mãos.” Esse caráter de substitutividade constitui nota distintiva da jurisdição.

No ordenamento jurídico, mas especificamente no que tange à proteção do Direito para os interesses subjetivos, vislumbra-se duas ramificações distintas: a jurídica e a tutela jurisdicional.

Tutela jurisdicional significa, transcrevendo o posicionamento de Bellinetti,⁷² “a proteção do Estado com base no Direito, para esses direitos e atividades lícitas, quando envolvido em um conflito jurídico de interesses.” A jurisdição é desempenhada pelo Poder Judiciário, e a tutela jurisdicional é o resultado do exercício da jurisdição.

Por sua vez, tutela jurídica, valendo-se, mais uma vez, das lições de Bellinetti,⁷³ “significa a proteção do Direito para os direitos subjetivos e qualquer forma de atuar lícito.” Trata-se da faculdade de agir prevista pela ordem jurídica, com a finalidade de proteção a um interesse reconhecido por esse ordenamento, e protegida pelo Direito.

Consoante discorre Theodoro Júnior,⁷⁴ “através da função legislativa, o Estado estabelece a *ordem jurídica*, fixando, de forma preventiva e hipotética, as normas que deverão incidir sobre as situações ou relações que possivelmente virão

possuem o direito de receber uma sentença de mérito, ainda que esta seja desfavorável (Teoria Eclética da ação). Só detém direito à sentença de mérito aqueles que preenchem as condições da ação.

⁷⁰ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 4. ed. rev. atual.vol. I São Paulo: Malheiros, 2004, p. 147.

⁷¹ GRECO, Vicente Filho. *Direito processual civil brasileiro*. 20. Ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p.35.

⁷² BELLINETTI, Luiz Fernando. *Tutela jurisdicional satisfativa*. REPRO n.º81, 1999, p. 98.

⁷³ *Ibidem*, p. 98.

⁷⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil. Teoria geral do direito processual civil e do processo do conhecimento*. Vol. I 44. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 38.

a ocorrer entre os homens no convívio social." Trata-se da tutela jurídica, isto é, as faculdades e direitos conferidos ao indivíduo, dentro do plano abstrato e geral.

No entanto, pode ocorrer a inópcia do ordenamento jurídico, previsto em um plano abstrato e geral, para garantir o seu respeito e observação por parte dos jurisdicionados, uma vez que as transgressões aos comandos da ordem jurídica são frequentes. Diante disso, surge a atuação do Estado (tutela jurisdicional), visando ao prevalecimento da ordem jurídica e à manutenção da própria soberania estatal (pois, a solução emanada do órgão jurisdicional se sobrepõe à vontade das partes).

Importante considerar que, no âmbito da tutela jurídica, a sua tarefa consiste em harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgastes. Assim, tutela jurídica é a proteção prevista no próprio Direito, ao passo que tutela jurisdicional é a proteção oriunda do Estado.

Importante enfatizar que os fenômenos coletivos, em que os interesses transcendem a esfera do indivíduo, por algumas vezes caracterizados como fundamentais, a exemplo do meio ambiente ecologicamente equilibrado, vêm despertando do ordenamento jurídico considerável atenção. Dessa forma, o Direito como um todo está readequando e reformulando os seus institutos, para que, assim, possa consubstanciar, também, na órbita dos interesses transindividuais, uma tutela jurídica e jurisdicional efetiva.

II.2 INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS: CONCEITO E CLASSIFICAÇÃO

Os direitos transindividuais são oriundos da sociedade de massa, reinante no século XXI, que se caracteriza por ser mais competitiva, padronizada e globalizada. Assim, faz-se imprescindível tutelar os interesses que podem sofrer lesões decorrentes dessa sociedade moderna. Nesse mister, afirmam Marinoni e Arenhart⁷⁵ que “o surgimento dessa nova categoria de direitos exigiu que o processo civil fosse remodelado para atender adequadamente as necessidades da sociedade contemporânea.”

⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo do conhecimento*. 5. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 719.

No mesmo sentido, preleciona Mancuso.⁷⁶

O limiar do terceiro milênio exibe uma sociedade massificada, competitiva, espreada por um mundo globalizado, o que acarreta alterações profundas no tripé do Direito Processual – ação, processo e jurisdição – e de outro lado vai tornando defasadas antigas concepções, ligadas a um outro tempo.

Diante da “proliferação ou multiplicação dos direitos,” fenômenos difundidos por Bobbio,⁷⁷ a catalogação dos direitos, inserindo-os em seu devido enquadramento, de acordo com as suas peculiaridades, é indispensável. Ferreira Filho⁷⁸ determina que “cabe procurar estabelecer a classificação desses direitos, de acordo com as características jurídicas que neles se manifestam.” E termina dizendo: “de um modo geral, essas características estão ligadas à geração em que eles surgem reconhecidos.”

Pondera Sarlet.⁷⁹

Desde o seu reconhecimento nas primeiras constituições, os direitos fundamentais passaram por diversas transformações, tanto no que diz com o seu conteúdo, quanto no que concerne à sua titularidade, eficácia e efetivação. Costuma-se, neste contexto marcado pela autêntica mutação histórica experimentada pelos direitos fundamentais, falar da existência de três gerações de direitos, havendo, inclusive, quem defenda uma quarta geração e até mesmo uma quinta e sexta geração.

Em que pese a classificação dos direitos, os quais são dispostos de acordo com a sua identidade de características, deve-se asseverar que a dicotomia entre público e privado ainda perdura, porém é insuficiente para catalogar todos os interesses reinantes, sendo necessário uma sub-classificação daqueles intermediários a essa hierarquia, capaz de arrolar os direitos de modo mais satisfatório: assim surgiu os termos geração, ou dimensão, inserindo os interesses, no âmbito de cada categoria pertinente, de acordo com as suas peculiaridades. São planos que não são estáticos, ao contrário, se interagem mutuamente.

⁷⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.8

⁷⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, apresentação de Celso Lafer – Nova Ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. – 3ª reimpressão, p.83.

⁷⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*, São Paulo: Saraiva, 2000, p.100.

⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos direitos fundamentais*. 7. Ed. Proto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 54.

Sobre a bifurcação do direito entre público e privado, e as demais classificações dos direitos, entende Mancuso.⁸⁰

Retomando a linha expositiva, vale enfatizar que o reconhecido espírito prático dos romanos ensejou que o Direito por eles criado tivesse, precipuamente, um caráter pragmático e objetivo, espraiado em categorizações, conceitos e classificações dos vários institutos chegando ao maniqueísmo da chama *summa divisio*, que bifurcava o Direito Positivo em Público e Privado, este último fortemente marcado pelo caráter direto e pessoal que conectava o sujeito a um dado objeto; tudo o mais que não se encaixava nesse contexto, era considerado, conforme o caso, coisa de todos (*res communes omnium*), sem valor (*res nullius*) ou coisa abandonada (*res derelicta*).

Prossegue o autor, aduzindo que essa milenar distinção entre direito público e privado vem sendo revisitada, devido aos influxos de situações inusitadas, em que os interesses não possuem titulares exclusivos e, dessa forma, não se configuram exatamente como públicos ou como privados e, mesmo assim, requerem um procedimento jurisdicional adaptado, apto a consubstanciar a eficácia.

Segundo o autor, em outra obra, os interesses transindividuais surgiram devido ao fato de que a fronteira entre o “público” e o “privado” foi se tornando fluida, abrindo, assim, espaço para os interesses coletivos, “aglutinados em grupos”. Ademais, na visão de Mancuso,⁸¹ “a exacerbação do coletivo, por força da anexação de áreas antes afetadas ao particular, no fenômeno conhecido como publicização do direito,” é um outro fator que evidencia a cisão entre as categorias, individual e coletivo.

Mazzilli⁸² ratifica tais dizeres.

Situados em uma posição intermediária entre interesse público e o interesse privado, existem os interesses transindividuais (também chamados de interesses coletivos em sentido lato), os quais são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas (como os condôminos de um edifício, os sócios de uma empresa, os membros de uma equipe esportiva, os empregados do mesmo patrão). São interesses que excedem o âmbito estritamente individual, mas não chegam propriamente a constituir interesse público.

⁸⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 26.

⁸¹ _____. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 46.

⁸² MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 18. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo, 2005, p. 48.

Os interesses são agrupados “em planos diversos de titularização, isto é, eles aparecem ordenados pelo critério de sua atribuição a um número maior ou menor de sujeitos concernentes.”⁸³ Assim, sob esse aspecto, conforme a titularidade, os interesses caminham desde os individualmente considerados até os atendidos como difusos, enquadrando-se em suas devidas gerações (ou dimensões).

Os direitos de primeira geração, adotando-se os dizeres de Bonavides,⁸⁴ “são os direitos da liberdade – direitos civis e políticos, cujo titular é o indivíduo, e são oponíveis ao Estado.” Ainda, para o referido autor, “traduzem-se como faculdades ou atributo da pessoa, e ostentam uma subjetividade, que é seu traço mais característico, enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado.”

Os direitos de primeira dimensão abrangem aqueles referidos nas declarações de Direitos das Revoluções Americana e Francesa, são os que “se fundam numa separação entre Estado e sociedade, que permeiam o contratualismo individualista dos Séculos XVIII e XIX,”⁸⁵ dos quais são titulares os indivíduos, singularmente considerados.

Já os de segunda geração fogem da esfera individualista; trata-se dos direitos sociais, frutos de um corporativismo, “representado pelo anseio dos indivíduos de participar do processo político-econômico, esse anseio veio acompanhado da consciência do coletivo, isto é, percepção de que o indivíduo isolado pouco ou nada pode,” conforme pondera Mancuso⁸⁶. Dominaram o século XX, assim como os de primeira geração sobrepuseram o século XIX, com o “seu nascedouro nas reflexões ideológicas e no pensamento antiliberal desse século.”⁸⁷

Por fim, os direitos de terceira geração são os interesses transindividuais, que ultrapassam a órbita do individual. Tal categoria de interesse destaca-se por um “alto índice de desagregação ou de ‘atomização’ que lhes permite referirem-se a um

⁸³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 86.

⁸⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 517.

⁸⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 260.

⁸⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.38.

⁸⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 519.

contingente indefinido de indivíduos e a cada qual deles, ao mesmo tempo,” conforme Mancuso.⁸⁸

No que tange à esfera coletiva, a expressão que melhor designa as peculiaridades a ela pertinentes é “interesse”, uma vez que o vocábulo direito traduz uma ideia “francamente subjetivista e individualista, dependente do binômio direito-dever, vinculada à concepção tradicional de relação jurídica,”⁸⁹ a qual não se coaduna com os contornos dos interesses transindividuais.

Os interesses transindividuais estão disciplinados pelo Código de Defesa do Consumidor (lei n.º8078/1990). O artigo 81 desse referido diploma capitula os interesses transindividuais, dividindo-os conforme as suas peculiaridades, em seus respectivos incisos: os de caráter indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias, de fato, são considerados como difusos, com a sua previsão no inciso I. Por seu turno, os interesses, também de natureza indivisível, dos quais o grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base são os detentores, são intitulados como coletivos *stricto sensu*, catalogados no inciso II.

Já no que tange aos interesses disciplinados pelo inciso III do artigo em análise, denominados como interesses individuais homogêneos, os quais despontam de um acontecimento comum, calcados na existência de relação jurídica base com a parte contrária, que lhes atribuiu um caráter uniforme, importante tecer o posicionamento de Bellinetti, que, embora seja diverso da concepção que predomina, quase que pacificamente, na doutrina, consistente na hipótese de substituição processual para a sua defesa em juízo, revela-se bastante coeso com o aparato da tutela coletiva.

Para o referido autor, os interesses individuais homogêneos são “interesses divisíveis de pessoas determináveis, que o ordenamento permite serem tratados englobadamente e de forma indivisa, por se derivarem de origem comum.”⁹⁰ O que se pleiteia é a recomposição do dever jurídico, que consiste no restabelecimento “dos interesses transindividuais de todos os prejudicados pela atividade danosa.”

⁸⁸ MANCUSO, op. cit., p. 87.

⁸⁹ BELLINETTI, Luiz Fernando. Definição de interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.666/671.

⁹⁰ BELLINETTI, Luiz Fernando. Definição de interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. *Estudos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p.666/671.

Trata-se, assim, de um autêntico interesse coletivo, cuja legitimidade para agir decorre da lei.

Os interesses individuais homogêneos, na visão do autor, são dotados de indivisibilidade, uma vez que, embora “existam várias ofensas, são elas visualizadas englobadamente – daí a indivisibilidade, porquanto um único provimento a todos aproveita,”⁹¹ e a partir dele, cada um pode particularizar o seu direito em demandas específicas.

Assim, surge essa nova categoria de direitos, a qual, devido aos seus contornos diferenciados, exige uma tutela reformulada, apta a proporcionar ao jurisdicionado a proteção do seu interesse, que não se limita à individualidade. Os direitos transindividuais, ou seja, os interesses que transcendem a esfera do particular, os quais se caracterizam pelo seu caráter pluralístico, vêm exigindo do ordenamento jurídico uma tutela cada vez mais apropriada e eficaz, devido à relevância que imperam no mundo atual.

II.3 TUTELA JURISDICIONAL TRANSINDIVIDUAL. O PROCESSO COLETIVO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL TRANSINDIVIDUAL

Mancuso⁹² define interesses transindividuais como aqueles que, não tendo atingido o “grau de agregação e organização necessário a sua afetação institucional a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo.” São os interesses de terceira geração, que pertencem não mais somente ao indivíduo considerado como tal, mas sim à toda coletividade. A transindividualidade ultrapassa a órbita do individual, adquirindo natureza coletiva ampla, não há titular individualmente considerado.

Os interesses coletivos, característicos da sociedade moderna, resultantes das relações intersubjetivas nela predominantes, vêm postulando junto ao ordenamento jurídico, uma efetiva prestação da tutela jurisdicional, a qual deve estar adaptada aos contornos reproduzidos por essa categoria de direitos, que transcendem a esfera do particular. Assim, a tutela a ser destinada aos interesses transindividuais deve reformular, e em algumas hipóteses, se desprender de seus

⁹¹ *Ibidem*, p.666/671.

⁹² MANCUSO. Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 86.

institutos de cunho eminentemente individualistas, pois não se coadunam com as peculiaridades que balizam os direitos coletivos.

Zavascki,⁹³ que direcionou uma obra sobre a tutela de direitos coletivos, a título introdutório, menciona a renovação do sistema como consequência das mudanças inauguradas pelos direitos transindividuais.

Bem se vê, mesmo a um primeiro olhar sobre esse modelo classificatório da tutela jurisdicional, que, à medida que se passa de um para outro dos grupos de instrumentos processuais hoje oferecidos pelo sistema do processo civil, maior ênfase se dá à solução dos conflitos em sua dimensão coletiva. É o reflexo dos novos tempos, marcados por relações cada vez mais impessoais e mais coletivizadas.

A conjuntura processual individualista não está habilitada a proporcionar uma efetiva tutela jurisdicional coletiva aos interesses desse cunho, o que vem, indubitavelmente, acarretando uma nova reformulação do processo, o qual, de acordo com os ensinamentos de Dinamarco,⁹⁴ é um instrumento, sendo que “todo instrumento como tal é meio; e todo meio é tal e se legitima em função dos fins que se destina.” O processo é uma ferramenta a serviço da jurisdição, sendo os seus escopos, sociais, políticos e jurídicos.

Santos⁹⁵ também concebe o processo dentro dessas duas vertentes: “processo é a operação por meio da qual se obtém a composição da lide, é o meio de que se vale o Estado para exercer a sua função jurisdicional,” e como operação, “o processo se desenvolve em uma série de atos.”

Nessa esteira, sendo o processo um instrumento de concretização dos fins jurisdicionais, destacando, nesse momento, a pacificação das lides, tais escopos se concretizam com muito mais ênfase, no âmbito coletivo, onde os conflitos a serem solucionados e pacificados pelo processo são mais ostensivos, e como já frisado, extrapolam a esfera do individual. Mencionam Didier e Zanetti⁹⁶ que os processos coletivos servem à “litigação de um interesse público,” e se destinam às demandas

⁹³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.23.

⁹⁴ DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p.177.

⁹⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. Vol. 1 23. ed.rev. e atual. por Arycê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 269/270.

⁹⁶ DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil – processo coletivo – vol. 4*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 28.

que englobam “para além dos interesses meramente individuais, aqueles referentes à preservação da harmonia e à realização dos objetivos constitucionais da sociedade e da comunidade.”

O processo, além de ser um instrumento de concretização dos escopos jurisdicionais, é um meio de consubstanciar o preceito fundamental, previsto na Constituição da República, do acesso à Justiça (art. 5º, XXXV), o qual indica, além do direito de aceder aos tribunais, o de alcançar a efetividade da tutela, norteado pela garantia do devido processo legal. Cappelletti e Garth,⁹⁷ em estudo sobre o *Acesso à Justiça*, identificaram como as “soluções práticas para os problemas de acesso à Justiça,” além da assistência judiciária e da representação em juízo, a “representação dos interesses difusos.”

Assim, para que o processo, também, no aspecto coletivo, seja um instrumento de concretização dos fins jurisdicionais, os mecanismos destinados a tutelar os interesses transindividuais devem estar de acordo com as suas características. Essa adaptação, isto é, esse traslado, do individual ao coletivo, é um imperativo vigente no próprio ordenamento jurídico, que prima pelos preceitos de Justiça.

Os ensinamentos de Marinoni⁹⁸ ressaltam a importância de instituir e viabilizar “a tutela de direitos individuais de origem comum, por meio de uma única ação deferida a um ente idôneo e capaz,” o que é imprescindível para a eficácia do próprio ordenamento jurídico, ou seja, para que algumas previsões legais “não se transformem em letra morta.” Desta feita, resta evidente que o processo, também na seara da tutela jurisdicional coletiva, é um instrumento que só pode estar apto a concretizar os fins jurisdicionais se estiver adequado aos contornos diferenciados dos interesses coletivos.

Bellinetti⁹⁹ tem o seguinte entendimento.

⁹⁷ CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. *Acesso à Justiça*. Porto Alegre, 1988, p.20.

⁹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 101.

⁹⁹ BELLINETTI, Luiz Fernando. Ações coletivas – um tema a ser ainda enfrentado na reforma do processo civil brasileiro – A relação jurídica e as condições da ação nos interesses coletivos. *Revista de Processo*. Vol. 98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 125.

A concepção tradicional de relação jurídica enfoca o Direito como uma forma de proteger direitos subjetivos individuais, tendo sido o supedâneo para o desenvolvimento de todo o direito processual civil moderno.

Essa circunstância tem levado a inúmeros problemas relativamente às ações coletivas, pois parece-me que quando se trata de tutela jurisdicional coletiva, essa concepção de relação jurídica é absolutamente inadequada para enfrentar as questões existentes, o que induz, conseqüentemente, a inadequação dos institutos e conceitos processuais tradicionais para solucionar os litígios de índole coletiva.

Ainda, asseveram Marinoni e Arenhart¹⁰⁰ acerca da necessidade de adequar o processo civil coletivo, face aos conflitos da sociedade caracterizada como de “produção e consumo de massa.”

Além da necessidade de um processo civil que pudesse dar conta de direitos transindividuais, percebeu-se que ele também deveria voltar-se aos direitos que podem ser lesados em face dos conflitos próprios da sociedade de massa. A sociedade moderna abre oportunidade a situações em que determinadas atividades podem trazer prejuízo aos interesses de grande número de pessoas, fazendo surgir problemas ignorados nas demandas individuais. O risco de tais lesões, que afetam simultaneamente inúmeros indivíduos ou categorias inteiras de pessoas, constitui fenômeno cada vez mais amplo e freqüente na sociedade contemporânea. Ora, se a sociedade atual é caracterizada por ser de produção e consumo de massa, é natural que passem a surgir conflitos de massa e que os processualistas estejam cada vez mais preocupados em configurar um “adequado processo civil coletivo” para tutelar os conflitos emergentes.

É unânime, nos estudos doutrinários específicos, o caráter de imprescindibilidade de uma tutela jurisdicional coletiva efetiva, o que emana da relevância que essa modalidade de interesse impinge. É pacífico, ainda, que essa eficácia depende de uma nova concepção do processo, adequado aos postulados coletivos. Todavia, o que não é consenso é a visão dos processualistas concernente aos institutos processuais, legitimidade e coisa julgada, gerando muita disparidade no aspecto doutrinário, conforme se passará a discorrer.

¹⁰⁰ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo do conhecimento*. 5. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 720.

II.4 A CONCEPÇÃO DO PROCESSO TRADICIONAL E A CONJUNTURA DO PROCESSO COLETIVO

A estrutura do processo aplicável ao trâmite de caráter singular não se coaduna com as peculiaridades dos interesses transindividuais, fazendo com que o sistema processual reivindique uma conjuntura mais adequada, apta a proporcionar uma efetiva tutela aos interesses em juízo, o que se revela como um imperativo. Cappelletti e Garth,¹⁰¹ em análise ao sistema processual individual e o aparato coletivo, ressaltam que os interesses que transcendem a esfera singular não se amoldam ao esquema tradicional.

A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a 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 pertencem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadrava bem nesse esquema. As regras determinantes de legitimidade, normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares.

Especificamente, há dois institutos que, se vislumbrados sob a ótica individualista, não são suficientes e razoáveis para regulamentar os interesses difusos: a legitimidade e a coisa julgada. Não está se afirmando que essas concepções são equivocadas ou ineficientes, mas sim, que a sua disciplina está mais coerente para dirimir os conflitos intersubjetivos, sendo que, na seara coletiva, remontam na necessidade de uma nova perspectiva, ou em uma análise distinta, sob uma ótica mais adequada.

A legitimidade é uma das condições da ação, isto é, a sua aferição é imprescindível para que seja apreciado o mérito da demanda, pois, como consta no diploma processual civil (art. 267, VI), a sua ausência bem como a inexistência das demais (possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir) acarreta na extinção do processo, sem resolução de mérito.

O conceito dessa condição (legitimidade *ad causam*), no âmbito da tutela tradicional (art. 6º, CPC – “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”), é concebido de acordo com a titularidade do

¹⁰¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e Revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p.49/50.

direito de ação, ou melhor, com o detentor do direito nas determinadas circunstâncias fáticas. Como bem enfatiza Alvim,¹⁰² “será, regra geral, parte legítima ativa aquela a quem a lei atribua à titularidade do direito de ação,” e sob o aspecto passivo, é aquela que será atingida pelos efeitos da sentença, beneficiando-se, em caso de improcedência, e, por outra ordem, na hipótese de êxito da demanda, sendo coagido a efetivar o interesse apreciado em juízo.

Mancuso,¹⁰³ em nota introdutória de uma de suas obras, apresenta uma análise da sistemática dos regulamentos individual e coletivo, fazendo uma contraposição entre ambos, ressaltando a problemática concernente à legitimidade. Segundo o autor, na jurisdição singular, o juiz sopesa, inicialmente, se há identidade entre o autor e o sujeito que, “no plano material, aparece em situação de vantagem, bem como se coincide o réu e aquele em situação de sujeição.” Posteriormente a tal juízo de admissibilidade, procura no ordenamento jurídico a fórmula para a solução do conflito.

Contudo, pelos contornos intrínsecos dos interesses transindividuais, esse clássico método não se coaduna com os conflitos de caráter coletivo; não há como se qualificar a legitimação por meio do detentor do direito material, de maneira que, com o escopo de dirimir tal discrepância, a legitimidade deve ser disciplinada sob perspectivas diversas, com supedâneo nas características desses interesses, e direcionadas a viabilizar a tutela jurisdicional coletiva.

De início, deve-se ressaltar que a legitimidade, no âmbito dos interesses coletivos *stricto sensu*, onde o nível de indivisibilidade é um pouco menos acentuando, e perdura um certo grau de organização, ou seja, aglutinam-se em determinados grupos, dos quais há o respectivo representante, não suscita as mesmas controvérsias que a legitimação, na seara dos interesses difusos, os quais, por serem esparsos, por óbvio, a sua aglutinação, ou mesmo organização em entidades ou órgão, resta absolutamente impossível.

A legitimidade é um ponto essencial e preambular a ser sopesado sob a ótica coletiva, pois, define quem tem a prerrogativa do manuseio do direito de ação. Para Zavascki,¹⁰⁴ “tratando-se de interesses difusos ou coletivos, (= sem titular

¹⁰² ALVIM, Manoel Gonçalves Arruda. *Manual de direito processual civil*. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.549.

¹⁰³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada. Teoria geral das ações coletivas*. 2. ed.rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 20.

¹⁰⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva dos direitos*. 3. ed.rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 77.

determinado), a legitimação ativa é exercida, invariavelmente, em regime de substituição processual: o autor da ação defende, em nome próprio, direito de que não é titular.”

Para o aludido autor, aquele que atua em juízo em nome próprio, porém, defendendo direito alheio, não supre o titular, no âmbito do direito material, mas tão somente na relação processual, de maneira que ao substituto é impedido à prática de determinados atos que repercutem na disposição do direito material, tais como transação, reconhecimento do pedido ou confissão e revelia.

A qualificação da legitimidade como substituição processual também é o entendimento de Didier Júnior e Zaneti Júnior. Discorrem os autores que essa legitimidade decorre do próprio dispositivo 6º do diploma processual, que utiliza a expressão “salvo quando autorizada por lei,” que, por ocorrer em casos excepcionais, é também denominada de “legitimidade extraordinária.”¹⁰⁵ Trata-se de uma legitimação extraordinária autônoma, pois, “o legitimado extraordinário está autorizado a conduzir o processo independentemente da participação do titular do direito litigioso.”

Nesse desiderato, prosseguem os autores, a legitimidade pode ser qualificada, ainda, como concorrente, uma vez que, embora a legitimação seja imputada a vários legitimados para a propositura da demanda, qualquer um deles pode ajuizar a ação. Nesse mister, a legitimação pode ser rotulada, também, como disjuntiva, porque “apesar de concorrente, cada entidade legítima e exerce independentemente da vontade dos demais co-legitimados.”¹⁰⁶

Marinoni e Arenhart¹⁰⁷ defendem que a legitimidade, no que tange às demandas coletivas, é extraordinária, pois a lei imputa “a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos a determinados organismos que, supõe-se, tenham condições de adequadamente protegê-los.” Para vislumbrar o cumprimento da legitimação, o magistrado deve efetuar, em cada caso concreto, a análise da representatividade adequada e do cumprimento de alguns requisitos específicos que o diploma processual pertinente exige, como, por exemplo, o art. 5º

¹⁰⁵ DIDIER JÚNIOR, Freddie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*. Processo Coletivo. 4. Ed. Bahia: Juspodium, 2009, p.195.

¹⁰⁶ DIDIER JÚNIOR, Freddie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*. Processo Coletivo. 4. Ed. Bahia: Juspodium, 2009, p.200-202.

¹⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5º ed.rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 727.

da lei da Ação Civil Pública (7.347 de 24 de julho de 1985). Trata-se, também, de legitimidade concorrente e disjuntiva, pois “independe da participação dos outros.”¹⁰⁸

Segundo Mancuso,¹⁰⁹ de acordo com as características dos interesses transindividuais, a legitimidade “não pode ser resolvida em termos de perquirição sobre a titularidade da pretensão.” Para o autor, “a ótica deve ser objetiva, isto é: dar prevalência aos aspectos da relevância social do interesse e da capacidade representativa do seu portador.”

Assim, o autor prescreve, como uma das alternativas para o saneamento da legitimidade, no âmbito da tutela coletiva, a legitimidade difusa, plúrima, isto é, de todos os interessados, distribuída por categorias, como ocorre com a *class actions* do direito norte-americano. Para averiguar a legitimidade apropriada, deve-se verificar se o proponente da ação possui representatividade adequada (*adequacy of representation*), ou seja, “se a parte ideológica presente em juízo reúne as condições que a qualificam para representar a *class*.”¹¹⁰

Todavia, o sistema norte-americano distingue-se do aparato brasileiro, no que tange à tutela coletiva. Isso porque, em que pese os indivíduos serem integrantes do grupo atingido, esses sujeitos, com exceção das hipóteses cabíveis para o ingresso da ação popular, não são detentores de legitimidade para o manuseio da ação coletiva, mas sim, a entidade da qual fazem parte. É o que defende Antonio Gidi.¹¹¹

Sin embargo, por ahora los individuos, sean o no miembros del grupo afectado, carecen de legitimación para demandar a nombre de los intereses del grupo, con excepción de la imitada finalidad de la acción popular.

Puesto que los miembros individuales del grupo no tienen legitimación para demandar em nombre del grupo, el requisito de la tipicidad (typicality) – común em el derecho norteamericano – no existe em el derecho brasileño.

Prossegue o autor mencionando o elemento que difere a legitimação no direito brasileiro e no direito norte-americano: no primeiro, a legitimação coletiva foi atribuída a entidades em reconhecimento a um interesse social ou comunitário, ao

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 729.

¹⁰⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed.rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 188-189.

¹¹⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed.rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 197.

¹¹¹ GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales em Brasil*. Um modelo para países de derecho civil. 1. ed. Universidade Nacional Autónoma de México, 2004, p.73.

passo que, nos Estados Unidos, a imputação é decorrência de um interesse e iniciativa individual.

Em síntese, para os autores acima abordados, os diplomas processuais específicos, a exemplo da lei de Ação Civil Pública, elencam os legitimados para o manuseio da demanda coletiva, sendo que, além do proponente da ação estar inserido nesse rol, deve cumprir determinadas exigências, as quais também estão insculpidas nas aludidas leis.

Segundo esses autores, a legitimidade, na seara da tutela coletiva, se amolda dentro da exceção prevista pelo diploma processual civil, qual seja, a legitimidade extraordinária, com as peculiaridades inerentes às ações coletivas (autônoma, disjuntiva). Defendem que, dentro dessa excepcionalidade, trazida no âmbito da tutela singular, há a legitimação para as ações coletivas. Todavia, vislumbrar a tutela dos interesses transindividuais, dentro da ótica individualista, pode suscitar discrepâncias.

Um outro instituto que também propala controvérsias no que tange à tutela dos interesses transindividuais é a coisa julgada material, ou melhor, as suas repercussões. Tal qualidade (e não efeito) da sentença, que pode ser vislumbrada como imutabilidade, indiscutibilidade, estagnação da sentença de mérito, fora, externa ao processo, está regulamentada pelo artigo 467 e seguintes do Código de Processo Civil.

O diploma processual civil, no dispositivo 472, preleciona que “a sentença faz coisa julgada às partes as quais é dada, não beneficiando nem prejudicando a terceiro.” Por tal conteúdo, pode-se afirmar, parafraseando Marinoni e Arenhart,¹¹² que “o tema da coisa julgada, diante das ações coletivas, é um dos mais complexos e polêmicos de todo o exame da tutela coletiva.”

Nesse sentido, pondera Mancuso¹¹³ sobre as particularidades das ações coletivas, as quais acarretam na eficácia expandida do julgado.

¹¹² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5º ed.rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 743.

¹¹³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 254.

Com efeito, na jurisdição coletiva, é preciso ter desde logo presente que os sujeitos concernentes ao *thema decidendum*, aí vêm tomados não singularmente, mas em sua *dimensão coletiva*, atuando processualmente através de um portador judicial que a norma de regência considera um *representante adequado*. Nesse particular contexto, compreende-se que a utilidade (ou validade) do discrimen entre *parte e terceiro* se desvanece justamente pela impossibilidade material da presença nos autos do universo dos sujeitos concernentes, dada a sua expressiva projeção numérica. Isso está a base da (inevitável) *eficácia expandida* do julgado, seja por conta da indeterminação (absoluta ou relativa) dos interessados, seja pela indivisibilidade do objeto (grifo do autor).

Assim, por meio da coisa julgada material e a sua disciplina, será delimitado quem poderá ser alcançado pelos efeitos da consolidação da atividade jurisdicional, ou seja, quem será beneficiado (ativa) ou compelido à determinada obrigação (passiva), por meio da sentença. Tendo em vista a sistemática da lei processual civil, de que a sentença faz coisa julgada apenas entre as partes do processo na qual é proferida, e que a legitimidade, na perspectiva coletiva, não é verificada de acordo com o detentor do direito, ou melhor dizendo, os proprietários do direito tutelado não atuam em juízo, a regulamentação da coisa julgada assume contornos peculiares na tutela transindividual.

É o que se evidencia por meio dos dispositivos das leis coletivas que abordam a coisa julgada. O art. 103, da lei n.º 8.078 de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor - contempla que a sentença faz coisa julgada, *erga omnes*, inclusive no caso de julgamento de improcedência do pedido, exceto se o pleito for julgado improcedente por insuficiência de provas, caso em que qualquer legitimado estará habilitado a propor a demanda.

O artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor regulamenta a coisa julgada, em seus incisos, conforme a modalidade do interesse que é tutelado em juízo. Consoante observaram Bellinetti e outro,¹¹⁴ em artigo específico, “ao cuidar das ações coletivas nas quais se pleiteia a tutela dos interesses coletivos *stricto sensu*, o artigo 103, II daquele mesmo diploma legal dispõe que a sentença faz coisa julgada *ultra pars*,” ou seja, limitado ao grupo, categoria ou classe, exceto diante da improcedência do pedido, por insuficiência de provas.

Note-se que a coisa julgada, sob a ótica individualista tem como regra o efeito *inter partes*, ao passo que, sob o ângulo coletivo, o princípio é o efeito *erga*

¹¹⁴ BELLINETTI, Luiz Fernando; ANTUNES, Thiago Caversan. Os limites subjetivos da coisa julgada nas ações coletivas. *Anais do XIX Encontro Nacional do Conpedi*, Fortaleza, junho de 2010, p.7370.

omnes, (art. 103 do CDC), o que se revela coerente, pois, aqui, há uma universalidade, há a transcendência do individual.

Nesse aspecto, ressaltam Bellinetti e outro.¹¹⁵

De toda a sorte, inclusive com base na previsão normativa que cuida, contemporaneamente, dos limites subjetivos da coisa julgada, como qualidade da sentença prolatada em ações coletivas, a doutrina tem desenvolvido a tese de que em tais demandas judiciais a regra geral é a de que a coisa julgada atinge a terceiros, que não propriamente aqueles que participaram diretamente da relação jurídica processual.

Por oportuno considerar, especialmente na tutela dos interesses transindividuais, que autoridade (eficácia) e efeitos da coisa julgada são assuntos diversos. Tal contraposição é delineada por Mancuso,¹¹⁶ com fulcro nos ensinamentos de Libman. Somente são acometidos pelos efeitos da coisa julgada “aqueles em cuja esfera jurídica entra mais ou menos diretamente o objeto da sentença,” destacando-se, em primeiro turno, “os titulares da relação afirmada e deduzida em juízo, e, depois, gradativamente, todos os outros cujos direitos estejam de certo modo com ela em relação de conexão.” Os efeitos da coisa julgada são gradativos, sendo que as suas declinações dependem da relação que as partes ou terceiros detêm com o objeto da decisão.

Marinoni e Arenhart¹¹⁷ ressaltam que a coisa julgada não produz o denominado efeito *erga omnes*, mas sim os efeitos diretos da sentença, de forma que a única particularidade que remanesce, no que tange ao congelamento da sentença, é a “questão da possibilidade de propor nova ação mediante prova nova ou em caso de improcedência por falta de prova.”

Ainda, segundo os autores, aqueles que são desprovidos de legitimidade para o ingresso da demanda, conforme legislação pertinente (art. 5º da lei n.º 7.347/1985 e 82 da lei n.º 8.078/1990) não suportam os efeitos da coisa julgada. Em verdade, o que os impede de manusear a ação não é propriamente a coisa julgada, mas a ausência de legitimidade, por expressa determinação legal, para tal intento, de maneira que os abarcados pela coisa julgada são os demais co-legitimados.

E, dessa forma, vislumbra-se o raciocínio do referido autor. Partindo da

¹¹⁵ *Ibidem*, p.7370.

¹¹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 252.

¹¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5º ed.rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 745.

premissa que, a autoridade da coisa julgada, tecnicamente, não opera efeitos *erga omnes*, mas são os efeitos da sentença que atingem terceiros para beneficiá-los, em caso de procedência do pedido do autor coletivo, os doutrinadores são reticentes no sentido de destacar a coisa julgada coletiva como uma nova categoria, sob um novo regime, registrando apenas a existência de particularidades do instituto, quando inserido no contexto da tutela coletiva. Por fim, anotam que.¹¹⁸

Na verdade, bem observada a disciplina da questão, nota-se que nenhuma particularidade (exceto pela questão da possibilidade de propor nova ação mediante prova nova, em caso de improcedência por falta de prova) tem ela em relação ao trato comum da coisa julgada no direito brasileiro. Em essência, não é a coisa julgada que opera efeitos *erga omnes*, e sim os efeitos diretos da sentença. (...) Sabendo compreender corretamente a disciplina da coisa julgada da ação individual, a disciplina da coisa julgada coletiva é, praticamente, intuitiva.

Contudo, tal posicionamento, ao que consta, não é uníssono. Grivover¹¹⁹ é mais comedida quando comenta a amplitude das regras relativas à coisa julgada nas ações coletivas. Para a autora, a coisa julgada, nas demandas transindividuais, possui as suas peculiaridades.

O regime da coisa julgada oferece peculiaridades nas ações coletivas, e isso porque, de um lado, a própria configuração das ações ideológicas — em que o bem estar pertence a uma coletividade de pessoas — exige, pelo menos até certo ponto, a extensão da coisa julgada *ultra partes*; mas, de outro lado, a limitação da coisa julgada às partes é princípio inerente ao contraditório e à ampla defesa, na medida em que o terceiro, juridicamente prejudicado, deve poder opor-se à sentença desfavorável proferida inter, aliás, exatamente porque não participou da relação jurídico-processual.

Gidi conjectura que a coisa julgada tem um regime peculiar, nas ações coletivas, para que não haja qualquer transgressão aos preceitos processuais, cuja atuação também revela-se patente na tutela dos direitos transindividuais. Para o autor, a política de que sentença opera efeitos somente quando proporcione benefícios ao detentor do direito e, ao contrário, quando improcedente, não opera a imutabilidade, é uma referência às garantias constitucionais. “Sin embargo, el

¹¹⁸ *Ibidem*, p 745.

¹¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 8ª Edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002, p. 903.

legislador brasileiro considero que algumas garantias processuais importantes podrían ser violadas con una sentencia adversa que tuviera efectos preclusivos.”¹²⁰

De toda a sorte, resta evidenciado entre os autores a dissonância quanto à coisa julgada na tutela coletiva. De fato, a coisa julgada é regulamentada de forma distinta pela lei consumerista, que, ao disciplinar tal instituto, traça inovações quanto aos efeitos: *ultra partes* e *erga omnes*. A questão de tratar-se de um novo regime, ou meras peculiaridades, reserva-se às discussões doutrinárias.

Em todos os mecanismos de tutela dos interesses transindividuais, existentes no ordenamento jurídico pátrio, pairam considerações, algumas vezes controvertidas, no que tange aos aludidos institutos. O consenso, todavia, consiste no fato da estrutura do processo singular não se amoldar às peculiaridades da tutela jurisdicional coletiva, de forma que se faz imprescindível um ajuste, uma adaptação, direcionada à efetividade e ao amparo dos interesses transindividuais.

Dessa forma, a solução mais viável seria, em um primeiro momento, ao invés de adaptar os institutos às feições diferenciadas dos direitos transindividuais, utilizar “uma outra perspectiva de relação jurídica, mais afinada com a situação fática e suas exigências concretas,”¹²¹ o que sanaria as controvérsias, permitindo, assim, que o processo coletivo se caracterize como um instrumento do acesso à Justiça.

Assim, a conjuntura do processo coletivo, ressaltando a legitimidade e a coisa julgada são pontos sensíveis no que concerne à tutela dos direitos transindividuais. A política mais coerente de tais institutos seria aquela que consubstanciaria a essa tutela uma ampla e consistente efetividade, garantindo o exercício dos direitos primordiais que transcendem a esfera individualista.

¹²⁰ GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales em Brasil*. Um modelo para países de derecho civil. 1. ed. Universidade Nacional Autónoma de México, 2004, p.102.

¹²¹ BELLINETTI, Luiz Fernando. Ações coletivas – um tema a ser ainda enfrentado na reforma do processo civil brasileiro – A relação jurídica e as condições da ação nos interesses coletivos. *Revista de Processo*. Vol. 98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 126.

CAPÍTULO III

OS PRINCIPAIS MECANISMOS PROCESSUAIS COLETIVOS

O aparato processual coletivo disciplina algumas ações como instrumentos, mecanismos para consubstanciar uma tutela aos interesses transindividuais. Tratam-se de ações específicas, regulamentadas por suas respectivas leis, as quais elencam os seus aspectos processuais, isto é, requisitos específicos, legitimidade, cabimento, procedimento, dentre outros pontos essenciais ao manuseio da competente ação.

No âmbito da jurisdição dos interesses difusos, as ações coletivas são disciplinadas por lei específicas e direcionadas, porém, esparsas, ou seja, não se encontram concentradas em um único complexo. Dessa forma, tem-se entendido que vigora um microssistema, isto é, há alguns instrumentos destinados a tutelar os interesses transindividuais, que não estão codificados, mas inseridos dentro do próprio sistema processual civil.

São os denominados processos coletivos que, parafraseando Mancuso,¹²² são aqueles cujo objetivo pretendido se configura como a tutela de um interesse metaindividual (difuso, coletivo em sentido estrito, individual homogêneo, conceituados no parágrafo único do artigo 81 da lei n.º8078/90). A pretensão deduzida, no processo coletivo, concerne à coletividade (indeterminada, porém, em alguns casos determináveis – como ocorre nos interesses coletivos *stricto sensu*).

Desta feita, “jurisdição coletiva”, expressão utilizada pelo autor citado, é uma resposta do ordenamento jurídico aos interesses transindividuais postos à apreciação do Estado, por meio dos denominados processos coletivos, isto é, por meio dos mecanismos de tutela dos interesses intersubjetivos. Essa jurisdição é dotada de uma relevância incontestável, tendo em vista as peculiaridades dos interesses ora tutelados e a sua repercussão.

A jurisdição coletiva em seu contexto geral apresenta-se, antes de mais nada, como um modo de ser do braço judiciário do Estado, voltada a dirimir conflitos de largo espectro, em grande parte motivados ou pela inação/incompetência das instâncias administrativas que deveriam tê-los satisfatoriamente dirimido, ou

¹²² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 63.

pela oferta irregular/insuficiente das medidas e programas implementados.¹²³

De acordo com a transcrição acima, a jurisdição coletiva é oriunda da inércia ou insuficiência das demais ramificações de poder (Legislativo e Executivo) em deliberar ou mesmo desempenhar e assegurar o interesse coletivo de uma classe determinada ou de sujeitos indeterminados. E, assim, diante dessa lacuna, cabe ao Judiciário efetivar tais interesses, por meio da prestação da tutela jurisdicional.

Assim, como já mencionado, no campo da jurisdição coletiva, vigora um “microssistema” distinto do atual Código de Processo Civil, composto de leis específicas, aptas a disciplinar os interesses transindividuais, levando em conta as suas particularidades e características, que o diferem dos direitos singulares. Não são compartimentos estanques, ao contrário, o Código de Processo Civil tem incidência subsidiária, naquilo que for compatível e pertinente, no processo coletivo.

O atual sistema processual civil é composto, reproduzindo os dizeres de Zavaschi, por três grandes grupos: o primeiro é direcionado a proteger os interesses individuais, o qual está subdividido em mecanismos aptos a tutelar os direitos individualmente, pelo seu próprio titular, e instrumentos destinados “a tutelar coletivamente os direitos individuais.”¹²⁴

O segundo grupo é constituído pelos meios para a proteção dos interesses transindividuais, como, por exemplo, a ação civil pública e a ação popular. Por fim, a terceira corporação é formada pelos “instrumentos para *tutela da ordem jurídica*, abstratamente considerada, representada pelos vários mecanismos de controle de constitucionalidade dos preceitos normativos e das omissões legislativas”¹²⁵ (grifo do autor).

Dessa forma, o microssistema encontra-se inserido no segundo grupo acima abordado, isto é, um complexo concentrado, dentro do aparato maior, direcionado a tutelar os interesses transindividuais. Tal microssistema passou a ser evidenciado com o advento da lei da Ação Civil Pública e com a promulgação da Lei Maior de 1988, momento pelo qual remanesceu a preocupação com a defesa dos interesses transindividuais em juízo.

¹²³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 85.

¹²⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva dos direitos*. 3. ed.rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.23.

¹²⁵ *Ibidem*, p.23.

O sistema específico de proteção do direito coletivo consiste, basicamente, na integração entre a lei da Ação Civil Pública (lei n.º7.347 de 1985) e o Código de Defesa do Consumidor (lei n.º8.078/1990). Isso porque, o artigo 90 do código consumerista determina que as regras concernentes à Ação Civil Pública e ao Código de Processo Civil sejam aplicadas às ações intentadas com supedâneo na lei do consumidor. Ainda, o artigo 21 da lei de Ação Civil Pública, cuja redação foi proporcionada pelo artigo 117 do CDC, prescreve que se apliquem as ações regulamentadas por essa lei, os preceitos previstos pelo Código de Defesa do Consumidor.

O diploma consumerista é decorrente de uma imposição expressa do art. 5º, XXXII da Constituição da República e do art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. A lei n.º8.078, de 1990, prescreve inúmeros direitos e princípios protetivos para o consumidor, ou melhor, para a sua defesa de práticas abusivas. O conceito dos interesses transindividuais, genericamente falando, ou melhor, dos direitos difusos, coletivos (em sentido estrito) e individuais homogêneos encontram-se no Título III do Código de Defesa do Consumidor.

Reproduzindo os dizeres de Marinoni e Arenhart,¹²⁶ a lei 7.347 “agregou-se ao Código de Defesa do Consumidor (lei 8.078/90), formando assim um sistema integrado.” Tal microsistema é complementado por outros diplomas legais, concernentes a hipóteses e situações específicas, como a lei n.º7.853 de 1989¹²⁷ e n.º8.069/1990¹²⁸ – nos artigos 208 e subsequentes, além da própria lei pioneira, que possibilita a defesa dos interesses transindividuais por qualquer cidadão, por meio da Ação Popular (lei n.º4.717/1965).

Acerca do advento da lei 7.347, de 1985, é interessante o posicionamento de Zavascki.¹²⁹

¹²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5ª ed.rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 739.

¹²⁷ Lei n.º 7.853, de 24 de outubro de 1989: dispõe sobre o apoio a pessoas portadoras de deficiências, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração de Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas.

¹²⁸ Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990: dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

¹²⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela dos direitos coletivos e tutela coletiva dos direitos*. 3. ed.rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.34-35.

Essa Lei, conhecida como Lei de Ação Civil Pública, veio preencher uma importante lacuna do sistema do processo civil que, ressalvado o âmbito da ação popular, só dispunha, até então, de meios para tutelar direitos subjetivos individuais. Mais que disciplinar um novo procedimento qualquer, a nova Lei veio inaugurar um autêntico subsistema de processo, voltado para a tutela de uma também original espécie de direito material: a dos direitos transindividuais, caracterizados por se situarem em domínio jurídico não de uma pessoa ou de pessoas determinadas, mas sim, de uma coletividade.

A conjuntura de tutela dos interesses transindividuais não é um sistema rígido, isolado. Como todos os demais, o microsistema coletivo, no ordenamento jurídico, onde a Constituição Federal se enquadra, na hierarquia máxima, interage com os demais, como forma de proporcionar uma ampla e efetiva tutela. Didier Júnior e Zaneti Júnior¹³⁰ abordam a disciplina dos direitos transindividuais, também, sob a perspectiva do microsistema processual para a tutela coletiva, destacando, nessa órbita, o Código de Defesa do Consumidor.

Essa interatividade entre os diversos ramos do direito, ressaltando, nesse momento, o aparato coletivo, no ordenamento jurídico, que é uma justaposição hierárquica, uma harmonização de elementos, cujo objeto são as condutas humanas, ou melhor explicando, visa regulamentar e disciplinar o dever ser, é evidente no âmbito da tutela coletiva, cuja previsão se faz presente na Constituição da República, como, por exemplo, no artigo 5º, XXXII, que prescreve sobre a proteção do Estado ao consumidor, e, ainda, no dispositivo 129, III da aludida Carta, que dispõe como uma das atribuições do Ministério Público, “promover o inquérito civil.”

Assim, a disciplina comum das ações coletivas encontra-se estabelecida no Código de Defesa do Consumidor, no seu Título III, “Da defesa do consumidor em juízo”, integrado, de forma complementar e subsidiária pela lei de Ação Civil Pública (n.º7.347 de 1985) e pelo Código de Processo Civil, tendo em vista o preceito contido no artigo 90 da lei n.º8.078/1990. Nessa interação, harmonia entre os diplomas processuais, evidencia-se o microsistema ou complexo específico de tutela dos direitos coletivos, integrado, também, por outros diplomas legais, tais como, a lei da Ação Popular (n.º4.717/1965), o novo regulamento do mandado de

¹³⁰ DIDIER JÚNIOR, Freddie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil*. Processo Coletivo. 4. Ed. Bahia: Juspodium, 2009, p.46.

segurança coletivo (n.º712.016/2009), dentre outros, além da própria Constituição Federal.

De toda sorte, seja sobre a intitulação de subsistema, microssistema ou complexo autônomo de leis esparsas, pode-se afirmar que a regulamentação dos mecanismos de tutela dos interesses transindividuais possui as suas peculiaridades, que a destaca e a configura como um aparato diferenciado.

III.1 - ASPECTOS GERAIS DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA: CABIMENTO, ESCOPO E O SEU INTERCÂMBIO COM O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

A Ação Civil Pública, a qual é denominada como ação coletiva típica, por ser o trâmite, atualmente, mais utilizado para a tutela dos interesses transindividuais, tem a sua regulamentação, na lei n.º7.347 de 1985, diploma que disciplina todos os seus aspectos, inclusive a relação existente com o Código de Defesa do Consumidor, como estipula do artigo 21.¹³¹

A edição do referido diploma legal foi oriunda da necessidade de um instrumento hábil e adequado à defesa e à efetivação dos interesses coletivos. Até o advento de tal lei, a ação concebida para a tutela dos interesses transindividuais era a Ação Popular (lei n.º4.717/1965), cujo escopo é a defesa do patrimônio público ou de entidade que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, conforme disposição do artigo 5º, LXXIII da Lei Maior.

Todavia, tal modelo legal não consubstanciava a amplitude necessária a tal intento, haja vista que a legitimidade é conferida a qualquer cidadão, o que gera óbices para o manuseio de tal demanda, devido à hipossuficiência deste face ao Poder Público.

Marinoni e Arenhart¹³² discorrem sobre as carências da Ação Popular, que se concentram nas diferentes condições albergadas pelo autor (cidadão) e a Administração Pública:

¹³¹ Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

¹³² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5ª ed.rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 722.

De fato, o grande defeito dessa lei reside na legitimação conferida. Embora represente homenagem louvável à democracia participativa, permitindo que qualquer cidadão possa ir a juízo, para a proteção do patrimônio público, é certo que o cidadão normalmente não tem condições (econômicas, jurídicas, e mesmo interesse efetivo) de postular, perante o Judiciário, oposição à Administração Pública ou a grandes empresas (eventualmente beneficiada pelo ato lesivo).

Nessa esteira, como forma de sanar essa deficiência no que tange à legitimação, surge um novo instrumento apto à defesa dos interesses coletivos em juízo, uma vez que, consoante artigo 5º da lei em análise, a legitimidade para propor a Ação Civil Pública é conferida a vários entes e entidades, inclusive as associações que preenchem, concomitantemente, os requisitos nas alíneas elencados, sendo, como já discorrido em capítulo anterior, nos dizeres da doutrina, concorrente e disjuntiva.

O objeto imediato da Ação Civil Pública pode ser de cunho reparatório e/ou preventivo, dentro do qual, ressalte-se, preventivo satisfativo ou não satisfativo. O primeiro, pedido inibitório, visa obstar a ocorrência de um ato e o segundo, pedido cautelar ou interinal. O objeto mediato, por sua vez, é qualquer interesse difuso, coletivo além dos individuais homogêneos.

Mancuso¹³³ afirma que os arts. 3º e 11 da lei n.º 7.347/1985 resumem o objeto da Ação Civil Pública.

Quanto à ação civil pública, é de especial interesse o disposto no art. 3º da Lei 7.347/85: 'A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.' Resulta claro, nesse enunciado, que o pedido 'imediato' terá, em geral, natureza 'condenatória, lato sensu'. Sua compreensão, porém, é melhor alcançada com o que está disposto no art. 11: 'Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o Juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.'

O título Ação Civil Pública, se analisado de forma pormenorizada e interativa, e de acordo com o objeto em análise, qual seja, o interesse

¹³³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 30.

transindividual, já denota o significado e o conceito dessa ação. O vocábulo “civil” aponta que os objetos, os quais poderão ensejar o ingresso dessa demanda, estão inseridos em quaisquer esferas do ordenamento jurídico, que não se configurem como integrantes do setor penal. Isso porque, como é cediço, na vertente criminal existem as respectivas ações públicas, manejadas para tutelar os objetos dessa estirpe.

Por seu turno, o vocábulo “pública” também se coaduna com os objetos tutelados por essa ação. A Ação Civil Pública é destinada à defesa dos interesses transindividuais, como os relativos ao meio ambiente, ao patrimônio cultural, aos consumidores, à ordem econômica, dentre outros, que não se enquadram na esfera do particular, pois para essas hipóteses, há a tutela individual. Nesse sentido, é o posicionamento de Mancuso.¹³⁴

Pode-se dizer que a ação civil pública regradada na Lei 7.347/85 é o parâmetro processual básico para a tutela dos interesses metaindividuais, não somente daqueles nominados expressamente no seu art. 1º e incisos, mas também de outros, mesmo ainda não juspositivados, desde que socialmente relevantes, dada a cláusula que acena para “outros interesses difusos e coletivos”, constante no inciso IV daquele dispositivo, inserido na Lei 8.078/90.

O objeto da Ação Civil Pública não é somente público, mas sim, versa sobre interesses pertencentes a sujeitos indeterminados, ainda que relativamente. A despeito dos interesses individuais homogêneos, embora a lei de Ação Civil Pública não os mencione, sendo referendados tão somente pelo diploma do consumidor, pode-se afirmar, de acordo com Mazzilli,¹³⁵ que a lei n.º 7.347/1985 se aplica a tais modalidades de interesses, uma vez que, “a LACP e o CDC se integram no tocante à defesa coletiva de interesses transindividuais,” alcançando, assim, todos os interesses individuais homogêneos, sendo eles alusivos ou não ao direito do consumidor.

Em que pese à mencionada interação da LACP com o Código de Defesa do Consumidor, a Ação Civil Pública é destinada à defesa de qualquer interesse transindividual, esteja ou não previsto na lei consumerícia, já que há interesses coletivos, em outros diplomas processuais específicos, a exemplo lei da pessoa

¹³⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 55/56.

¹³⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 18. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo, 2005, p. 116.

portadora de deficiência física (n.º7.853/1989) e o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (lei n.º8.069/1990), os quais podem ser tutelados por meio da ação prevista, na lei n.º7.347, de 1985.

A interação entre o Código de Defesa do Consumidor e a lei de Ação Civil Pública se evidencia para todos os interesses transindividuais, como bem assevera Mazzilli.¹³⁶ Trata-se do microssistema ou sistema individualizado para a tutela dos interesses coletivos.

Posicionamento oposto à assertiva de que o termo Ação Civil Pública remonta ao objeto a ser tutelado por esse instrumento, é o do autor Vigliar,¹³⁷ para o qual “a adjetivação civil pública, hoje em dia, nada, absolutamente nada mais representa: não indica o direito material que se tutela e tampouco indica quem ajuizou a demanda coletiva.”

Para o referido autor,¹³⁸ diante do fato de que o instrumento em análise é destinado à defesa dos interesses transindividuais, que possui a indivisibilidade como característica, relativa ou absoluta, e que tal predicado remonta em conflitos essencialmente coletivos, o termo que mais se coaduna com a prática forense é ação coletiva. Pondera que “se é verdade ‘que ação tem nome’ (ao menos, cientificamente, não deveria ter nome), mas ainda temos a necessidade de apelidar ou adjetivarmos determinados institutos, que utilizemos um nome mais adequado: ação coletiva.”

E prossegue.

Se não é adequado o nome, é muito mais adequado que o empregado pela Lei 7.347/85, que foi a denominação que vingou na prática diuturna do foro. Pelo menos a expressão ação coletiva é muito mais adequada que outras tantas, que nada expressam.

A lei n.º7.347/1985 disciplina a ação específica para a defesa e proteção dos interesses coletivos, previstos no Código de Defesa do Consumidor e em outros diplomas legais específicos, e, quanto a essa assertiva, não perdura qualquer embate. Assim, a sua intitulação, seja como ação civil pública ou como ação coletiva, é um aspecto que se torna secundário, diante da relevância que impera no

¹³⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 18. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 121.

¹³⁷ VIGLIAR, Marcelo Menezes. Ação civil pública ou ação coletiva? MILARÉ, Edis. *Ação Civil Pública. Lei 7347/1985 – 15 anos*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 447.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 451.

ordenamento pátrio, destacando que se trata de um instrumento eficaz de acesso à Justiça e dos aspectos processuais nela insculpidos.

Acerca do destaque da Ação Civil Pública como instrumento de acesso à Justiça, ponderam Meirelles e outros autores.¹³⁹

Como vimos, a ação civil pública, na sua atual regulamentação constitucional e legal, constitui uma inovação e uma conquista para a solução rápida e eficiente dos conflitos de interesses, ensejando o acesso à Justiça de todas as classes sociais.

Nesse mister, Mancuso¹⁴⁰ aduz sobre o acesso à Justiça dos direitos previstos em suas respectivas gerações (segunda e terceira categoria), os quais, por serem indivisíveis e desprovidos de titulares individualmente considerados, evidenciam a estruturação de um processo coletivo, “cuja tônica se desloca para a finalidade da satisfação dos justos anseios da coletividade,” destacando, nesse momento, a importância da Ação Civil Pública para a consecução de tal imperativo.

A perspectiva do acesso à Justiça, por via da tutela dos interesses intersubjetivos, deve permear a jurisdição coletiva, mitigando as celeumas que perduram nessa esfera. Deve-se acatar a ideia de que, no direito pátrio, é admissível “a proteção de qualquer direito transindividual, e ainda, a tutela adequada dos direitos que podem ser lesados nas relações características da sociedade de massa,” por meio de qualquer ação coletiva, sendo possível, inclusive, o “uso de ações específicas, de intervenção rápida e relevância constitucional,” como asseveram Marinoni e Arenhart.¹⁴¹

A lei de Ação Civil Pública possui caráter eminentemente processual, pois prescreve a ação, as suas hipóteses de cabimento e todos os seus demais aspectos instrumentais, como a legitimidade, competência, procedimento, dentre outros. É o diploma processual peculiar de um instrumento destinado à tutela dos interesses transindividuais, disciplinados em diplomas substanciais específicos, vislumbrando, assim, também no âmbito da jurisdição coletiva, a interação entre direito material e processual.

¹³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 32. ed. atualizada de acordo com a Lei n. 12.016/2009. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 259.

¹⁴⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 76.

¹⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5ª ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 723.

Sobre a caracterização do diploma legal em análise, dispõem Meirelles¹⁴² e demais autores que “a Lei n. 7.347/85 (modificada pela Lei n.8. 078/90) é unicamente adjetiva, de caráter processual, pelo quê a ação e a condenação devem basear-se em alguma disposição de alguma norma substantiva.” Ainda, Mancuso¹⁴³ afirma que “a lei em questão é de índole predominantemente processual, visto que, basicamente, objetiva oferecer instrumentos processuais hábeis à efetivação, em juízo, da tutela dos interesses difusos reconhecidos nos textos substantivos.”

Embora a relevância da Ação Civil Pública seja notória e unânime, acatando os ensinamentos de Meirelles e demais autores, o qual não é pacífico, é imperioso afirmar que a finalidade do instrumento proclamado pela lei n.º 7.347/1985, é efetivar os direitos coletivos já positivados no ordenamento, e não suprir a deficiência legislativa, o que implicaria em um certo desequilíbrio na estrutura das funções.

A positivação do Poder Judiciário, por meio da Ação Civil Pública de direitos ainda não consagrados no ordenamento, é um assunto bastante delicado, por envolver questões de ordem constitucional. Todavia, ao se tratar da lei n.º7.347/1985, importante se faz consignar, desde já, os seguintes dizeres.¹⁴⁴

Conseqüentemente, a ação civil pública não é instrumento de equidade, de direito alternativo, ou de proteção de direitos não consagrados em lei. Por mais que a nossa legislação se refira a interesses difusos, aplica-se a lição de Cappelletti, de acordo com a qual a ação civil pública protege “o interesse difuso, na medida em que a lei substantiva o transforma em direito.”

Dessa forma, a Ação Civil Pública atua na consagração do acesso à Justiça, efetivando os direitos que ultrapassam a esfera individualista, já positivados no ordenamento jurídico. Não é instrumento apto a suprimir eventual omissão da ordem legislativa, pois tal desempenho foge à esfera de cabimento do mecanismo previsto na lei n.º7.347/1985.

De toda sorte, é necessário ponderar que há uma ampla gama de interesses transindividuais na órbita jurídica, seja na própria Constituição da República, seja em inúmeras outras leis esparsas, que clamam por uma tutela jurisdicional eficaz, e que tal desígnio tem como um dos instrumentos, a interação existente entre a lei

¹⁴² MEIRELLES, Hely Lopes; WALD Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 32. ed. atualizada de acordo com a Lei n. 12.016/2009. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 189.

¹⁴³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: lei 7.347 e legislação complementar*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 28

¹⁴⁴ *Ibidem*, p.267.

n.º8.078/1990 e a 7.347/1985, diplomas que são os grandes coadjuvantes do microssistema de tutela coletiva.

III.2 AÇÃO POPULAR: CONCEITO E APLICABILIDADE

Como acima ilustrado, o advento da lei que consubstanciou a Ação Civil Pública operou em 1985, precedendo a promulgação da Carta Magna. Antes, todavia, já perduravam alguns interesses que protestavam por uma tutela coletiva, o que, por óbvio, não poderia ser efetivado por meio dos instrumentos destinados à proteção dos direitos individuais.

A origem da Ação Popular se deu com a Carta de 1934, cujo texto versava que “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos, do patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios.” Esse instrumento não constou na Constituição de 1937, sendo recolocada na Lei Maior de 1946, a qual prescreveu a possibilidade de anular os atos lesivos ao patrimônio, além dos entes públicos já discriminados, “das entidades autárquicas e das sociedades de economia mista.”

A Ação Popular, em 1965, passou a ser regulamentada pela lei n.º4.717, cujas principais premissas, que inovaram o ordenamento jurídico, ainda encontram-se vigentes, com as respectivas adaptações. Trata-se da questão do patrimônio público, definido no artigo 1º do referido diploma, como “bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico,” e da legitimidade, imputada a qualquer cidadão.

Nesse aspecto, pondera Zavascki,¹⁴⁵ acerca do conceito de patrimônio público, proclamado pela lei de Ação popular.

Era o primeiro e importante passo em direção à formalização, em texto legislativo, da tutela jurisdicional de interesses tipicamente transindividuais (= não pertencentes ao patrimônio jurídico próprio de qualquer pessoa pública ou privada), constituindo motivo de justo orgulho para nossas instituições: “Com os defeitos que possa ter”, dizia em 1985 Barbosa Moreira, “o instrumento da ação popular faz honra à criatividade do nosso legislador dispensa o direito brasileiro, no particular, de receber lições estrangeiras”.

¹⁴⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 89.

Assim sendo, é inegável, mesmo diante do aprimoramento proporcionado pela Ação Civil Pública, a relevância da Ação Popular, tendo em vista as modificações e a nova visão processual que inaugurou, no ordenamento jurídico, onde reinava uma mentalidade exclusivamente individualista.

Em 1988, com a Constituição Federal, a Ação Popular adquiriu os seus contornos que perduram até hoje, tendo em vista os preceitos preconizados pelo art. 5º, LXXIII, o qual confere a legitimidade para a propositura da demanda, a qualquer cidadão, que “vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente, e ao patrimônio histórico e cultural, ficando autor, salvo comprovada a má fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.”

Pacheco,¹⁴⁶ ao analisar a evolução constitucional da Ação Popular, descreve que ela apresenta-se.

- a) mais dilatada no que se refere ao objeto, isto é, à finalidade, e ao incentivo e proteção do autor, para que não fique ele sujeito a sucumbência e às custas judiciais;
- b) restrita ao cidadão, desde o início até agora, embora sem defini-lo.

Nessa esteira, há dois aspectos, no que tange à Ação Popular, os quais merecem ser analisados: a legitimidade, conferida a qualquer cidadão, e o seu objeto, qual seja, a anulação de ato lesivo ao patrimônio, considerado como público, isto é, aquele cujo titular é toda a coletividade, em que pese a sua administração ser de incumbência de um representante, eleito pelos reais detentores do bem público, através do processo democrático, ou, ainda, prejudicial à moralidade administrativa, ao meio ambiente, e ao patrimônio histórico e cultural.

Meirelles e demais autores¹⁴⁷ assim prescrevem sobre a Ação Popular.

Ação popular é o meio posto à disposição de qualquer cidadão para obter a invalidação de atos ou contratos administrativos – ou a estes equiparados – ilegais ou lesivos ao patrimônio federal, estadual e municipal, ou de suas autarquias, entidades para-estatais e pessoas jurídicas subvencionadas com dinheiro público.

¹⁴⁶ PACHECO, José da Silva. *Mandado de segurança coletivo e outras ações constitucionais típicas*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 497.

¹⁴⁷ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 32. ed. atualizada de acordo com a Lei n. 12.016/2009. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 148/149.

A Ação Popular, ao conferir legitimidade a qualquer cidadão, propiciou uma verdadeira participação democrática, além do que viabilizou o acesso ao judiciário no que tange à proteção do patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente, e ao acervo histórico e cultural. Como bem declinou Pacheco,¹⁴⁸ “trata-se da mais importante medida a ligar o cidadão ao controle do bem público ou da Administração Pública.”

Quando a lei menciona a legitimidade para o intento de tal demanda a qualquer cidadão, por tal vocábulo, fica subtendido que somente os brasileiros, ou seja, o indivíduo (pessoa física), que desfruta dos seus direitos civis e políticos, que detenha a qualidade de eleitor, é detentor de legitimação para manejar tal meio processual. Por isso, entendeu o Supremo Tribunal Federal, com a edição da Súmula 365, que “os inalistáveis ou inalistados, bem como os partidos políticos, entidade de classe ou qualquer outra pessoa jurídica, não têm qualidade para propor ação popular.”

Pondera Zavascki¹⁴⁹ que “a legitimação ativa é reservada a “qualquer cidadão”, e a prova da cidadania é o título eleitoral ou documento equivalente.” Assim, restam suscitadas as questões quanto à legitimidade para a propositura da Ação Popular, sendo certo que o detentor é qualquer cidadão, respeitando, assim, todas as conjecturas que esse termo (cidadania) representa: direitos e deveres de caráter público das pessoas que se vinculam ao Estado.

A peculiaridade de cidadão é atribuída a qualquer brasileiro nato ou naturalizado, desde que preencham os requisitos do artigo 12, com as restrições expressas do seu parágrafo 2º, e ainda, que atendam aos preceitos do artigo 14, todos da Lei Maior, isto é, desde que sejam hábeis ao exercício dos seus direitos políticos.

A Ação Popular, como prescreve a Constituição da República, tem como escopo invalidar ilegalidade ou ilegitimidade do ato que seja discrepante com o Direito, “por infringir normas específicas que regem a sua prática, ou por desviar dos princípios gerais que norteiam a Administração Pública,” como bem declinam Meirelles e demais autores. Essa ilegitimidade ou ilegalidade “pode provir de vício

¹⁴⁸ PACHECO, José da Silva. *Mandado de segurança coletivo e outras ações constitucionais típicas*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 493.

¹⁴⁹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 106.

formal ou substancial, inclusive desvio de finalidade,”¹⁵⁰ sendo que essa ilicitude pode ser auferida tanto na origem, como na formação ou mesmo no objeto do ato em análise, por meio da Ação Popular.

Ainda, com relação ao objeto, deve-se refletir acerca da lesividade do ato ao patrimônio público, em decorrência de sua ilegitimidade ou ilegalidade. Nesse sentido, descreve Zavascki¹⁵¹ que não há cumulação do requisito da lesividade com a ilegalidade do ato, quando se trata de moralidade administrativa. “O princípio da moralidade pertence ao mundo da normatividade (= legalidade), e isso significa dizer que o ato que o lesa é, por natureza, um ato juridicamente ilegítimo”. E completa discorrendo que a lesão “à moralidade administrativa é, pois, em si mesma, uma ilegalidade.”

Pacheco¹⁵² aduz que “se o ato não for lesivo, não causar transtorno ao patrimônio público, ainda que viciado, não enseja ação popular.” Portanto, para o autor, o que é relevante para se auferir o cabimento ou não do instrumento em análise é a lesão do ato ao patrimônio público, uma vez que, se o ato acarretou algum dano ao Erário, por si só, ele já é ilícito, pois ofende aos princípios norteadores da Administração Pública, especialmente, o da moralidade.

De toda sorte, o que é um aspecto preponderante e merece ser frisado é que a Ação Popular é um importante instrumento que visa à defesa do direito da coletividade, sendo, assim, uma ação coletiva, com objetivo inerente a esse mister. Trata-se de um mecanismo, cuja legitimidade é imputada ao cidadão, no sentido de preservar o interesse de cunho intersubjetivo.

III.3 MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES GERAIS E ASPECTOS DA LEI N.º12.016 DE 2009

O Mandado de Segurança é um remédio constitucional, destinado à proteção dos direitos líquidos e certos, não amparados por Habeas Corpus ou Habeas Data (art. 5º, LXIX). É um mecanismo eleito pelo ordenamento jurídico para efetivar os direitos que, de plano, são encarados como procedentes, isto é,

¹⁵⁰ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 32. ed. atualizada de acordo com a Lei n. 12.016/2009. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 151.

¹⁵¹ *Ibidem*, p.95.

¹⁵² PACHECO, José da Silva. *Mandado de segurança coletivo e outras ações constitucionais típicas*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.518.

independem de uma dilação probatória exaustiva, apta a imputar a coerência dos interesses por ele reivindicados.

É um instrumento hábil a efetivar o extenso rol de direitos fundamentais, protegendo-os de qualquer ilegalidade ou ameaça emanada do Poder Público, seja por autoridade típica, seja por agente a ele equiparado. O Mandado de Segurança destina-se ao amparo dos direitos, não permitindo que fiquem à mercê de supostas arbitrariedades ou omissões porventura existentes na seara pública.

O Mandado de Segurança Coletivo, como preleciona Bulos,¹⁵³ “é uma espécie do gênero mandado de segurança, sendo idênticos os pressupostos constitucionais para a impetração de ambos.” Como ilustra Pacheco,¹⁵⁴ embora o Mandado de Segurança Coletivo esteja disciplinado em inciso próprio, “não elide a necessidade de ater-se aos pressupostos estabelecidos no item LXIX do artigo 5º, que se referem ao mandado de segurança, sem distinção. E como este pode ser, hoje em dia, singular ou coletivo, a ambos se exigem os mesmos requisitos básicos.”

Todavia, em que pese a identidade dos pressupostos para a impetração de ambas as espécies de mandado de segurança, no que tange ao *mandamus* coletivo, faz-se imprescindível delimitar a sua abrangência, o que é possível por meio de uma análise do seu objeto, que, por óbvio, atua no âmbito coletivo, ou seja, é um interesse que ultrapassa a órbita individualista, motivo pelo qual, devido às peculiaridades inerentes a essa categoria de direitos, tal instrumento, no âmbito processual, tem as suas especificações.

Ao fazer um paralelo entre ambas as modalidades de mandado de segurança, ressaltando o remédio coletivo como típica ação coletiva, pondera Zavascki.¹⁵⁵

Já se enfatizou que o mandado de segurança coletivo é mandado de segurança, mas é também ação coletiva. Como mandado de segurança, guarda o perfil constitucional de instrumento “para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, segundo dispõe o inciso LXIX do art. 5º da Carta Magna. Mas, como ação coletiva, assume

¹⁵³ BULOS, Uadi Lammego. *Curso de direito constitucional*. 3. ed.rev. e atual.de acordo com a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2009, p.590.

¹⁵⁴ PACHECO, José da Silva. *Mandado de segurança coletivo e outras ações constitucionais típicas*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.295.

¹⁵⁵ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.232.

certas características profundamente diferentes daquelas a que se reveste a simples ação individual de mandado de segurança, notadamente no que diz respeito ao juízo necessariamente globalizado que deve fazer a respeito do direito, objeto da impetração, com todas as conseqüências que daí decorrem.

Em sendo o remédio constitucional coletivo uma ramificação do mandado de segurança individual, as concepções relativas ao direito líquido e certo, e os conceitos relativos à autoridade coatora incidem no *Writ* em análise, contudo, devem ser vislumbrados em uma ótica coletiva. Assim, o interesse transindividual, dotado de liquidez e certeza, é aquele “que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento de sua impetração.”¹⁵⁶

Bellinetti¹⁵⁷ reflete sobre a abrangência do Mandado de Segurança Coletivo. Pondera que, quanto ao objeto imediato, isto é, prestação jurisdicional postulada, não pairam quaisquer questionamentos; “é um provimento jurisdicional ordenado a um agente estatal ou assemelhado a observância de determinado dever jurídico.”

Assim, as dúvidas existentes revestem os contornos do objeto mediato (bens da vida que se pretende alcançar) do Mandado de Segurança Coletivo. Bellinetti¹⁵⁸ e outro, em trabalho específico, tecem a seguinte indagação: “poderia a tutela jurisdicional de todos e quaisquer direitos e interesses, de qualquer espécie, ser pleiteada pela via do mandado de segurança coletivo?”

Os aludidos autores ponderam, a respeito da delimitação do objeto mediato do Mandado de Segurança Coletivo, que antes da promulgação da lei ordinária, 12.016, de 2009, perduravam três posicionamentos distintos: o primeiro entendia que tal instrumento poderia veicular direitos subjetivos individuais, mesmo que de forma agrupada, por meio da substituição processual. O segundo posicionamento dissemina o Mandado de Segurança Coletivo como uma verdadeira demanda coletiva, por intermédio da qual pode ser pleiteada a tutela jurisdicional de interesses coletivos *lato sensu* de qualquer estirpe.

Por fim, o terceiro entendimento é uma posição intermediária entre ambas as correntes acima elencadas, segundo o qual o Mandado de Segurança Coletivo é

¹⁵⁶ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 32. ed. atualizada de acordo com a Lei n. 12.016/2009. São Paulo: Malheiros, 2009, p.34.

¹⁵⁷ BELLINETTI, Luiz Fernando. *Mandado de segurança coletivo: perspectiva conceitual e pressupostos de admissibilidade no direito positivo brasileiro*. 1997. Tese (Doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

¹⁵⁸ ANTUNES, Thiago Caversan; BELLINETTI, Luiz Fernando. Abrangência do mandado de segurança coletivo. *Anais do XVIII Congresso Nacional do Conpedi*, realizado em São Paulo, novembro, 2009, p. 9610.

uma ação de cunho coletivo, inaugurada pela Carta Constitucional de 1988, todavia, o seu objeto se restringe aos interesses coletivos *lato sensu*, com a ressalva de que tais interesses sejam conexos aos escopos institucionais dos entes, para os quais a lei imputou a respectiva legitimação.

Saliente-se, por oportuno, que não são todas as espécies de interesses transindividuais que podem ser tutelados por meio da via Mandado de Segurança Coletivo. Conforme ponderam os autores do artigo em análise, com respaldo, inclusive, no diploma legal de 2009, o *Writ* coletivo mostra-se via apropriada para a postulação de tutela jurisdicional coletiva de interesses coletivos *stricto sensu* que concerne à relação jurídica base formulada entre os membros do grupo – exceto nos casos em que “acidentalmente houver mais de um membro do grupo ligado a uma relação jurídica estabelecida com a parte contrária,” e de interesses “individuais homogêneos, quando disserem respeito, fundamentalmente, aos membros do respectivo ente legitimado.”¹⁵⁹

Os direitos dos representados ou integrantes da entidade, detentora de legitimação, a serem tutelados por Mandado de Segurança Coletivo, devem ser conexos, “por um dos fatos previstos, por exemplo, no artigo 46 do CPC”, assevera Pacheco.¹⁶⁰ Se não houver ligação entre os interesses pleiteados, se forem de categorias diversas, o mandado de segurança terá que ser extinto.

A lei 12.016, de 2009, conjuga, no artigo 22, parágrafo único, o entendimento de que o Mandado de Segurança Coletivo é o instrumento adequado para a tutela dos direitos coletivos e direitos individuais homogêneos. Dessa forma, pode-se vislumbrar o *Writ* Coletivo como.¹⁶¹

Inovação da Constituição Federal de 1988, que se caracteriza como genuína ação coletiva, que tem como um objeto imediato a concessão de um provimento jurisdicional, dirigido a um agente estatal ou assemelhado, para que se cumpra um determinado dever jurídico, e como objeto mediato a efetivação de um determinado interesse coletivo *stricto sensu* ou individual homogêneo, dos membros do respectivo ente legitimado, e que tenha pertinência com os seus fins institucionais.

¹⁵⁹ ANTUNES, Thiago Caversan; BELLINETTI, Luiz Fernando. Abrangência do mandado de segurança coletivo. *Anais do XVIII Congresso Nacional do Conpedi*, realizado em São Paulo, novembro, 2009, p. 9614.

¹⁶⁰ PACHECO, José da Silva. *Mandado de segurança coletivo e outras ações constitucionais típicas*. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.305.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 9615.

Acerca dos interesses coletivos a serem tutelados por Mandado de Segurança, aduz Meirelles e demais autores.¹⁶²

Direitos coletivos, para fins de mandado de segurança são os propriamente coletivos (assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo de pessoas vinculadas por relação jurídica básica); e os individuais homogêneos (decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica do grupo), pertencentes a uma coletividade ou categoria representada por partido político, por organização sindical, por entidade de classe ou por associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano (art. 5º, LXX, “a” e “b” da CF e art. 21 da Lei n. 12.016/09).

Ainda, no âmbito do Mandado de Segurança Coletivo, as questões instrumentais, como a legitimidade ativa e a autoridade coatora, ou seja, aquele que irá configurar como o impetrante e impetrado, sendo este último o autor de qualquer ato ilegal, que ameaçou ou infringiu um interesse coletivo, foram albergadas pela lei n.º12.016 de 2009, que se destina a regulamentar o mandado de segurança, em ambas as suas ramificações. Trata-se de um diploma legal que visa disciplinar as minúcias de tal instrumento, já previsto na Constituição da República, efetivando, assim, esse remédio constitucional.

Como bem acentuou Greco Filho,¹⁶³ “a nova Lei consolidou as normas sobre o mandado de segurança das Leis ns. 1.533/51, 4.166/62, 4.348/64 e outras, regulando, pois, toda a matéria.” Dessa forma, todas as disposições incompatíveis com o novo diploma legal encontram-se, tacitamente, revogadas, vez que, consoante diretrizes gerais do direito, lei posterior revoga a anterior, naquilo que lhe for contrário.

A lei n.º12.016, de 2009, seguiu o posicionamento que já vinha sendo adotado pela doutrina e jurisprudência, abarcando, assim, nesse *mandamus*, o mesmo procedimento que o remédio constitucional singular, considerando que a Constituição particularizou somente a legitimidade ativa, atribuindo-a às entidades, na defesa dos direitos ou prerrogativas, de ordem coletiva, da categoria, totalidade ou parte¹⁶⁴ dos associados ou filiados ao órgão impetrante.

¹⁶² MEIRELLES, Hely Lopes; WALD Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 32. ed. atualizada de acordo com a Lei n. 12.016/2009. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 33.

¹⁶³ GRECO FILHO, Vicente. *O novo mandado de segurança: comentários à Lei n. 12.016 de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 09.

¹⁶⁴ Súmula 630 do STF: “a entidade de classe tem legitimação para o mandado de segurança, ainda quando a pretensão veiculada interesse apenas a uma parte da respectiva categoria”.

Nesse sentido, acerca do diploma legal em análise, ponderam os autores¹⁶⁵ que.

A Lei n.º 12.016 de 7.8.2009, ao mesmo passo que reviu o regramento do mandado de segurança individual, pela primeira vez consagrou uma normatização específica para o mandado de segurança coletivo, basicamente consolidando os entendimentos que já vinham sendo adotados na prática.

O mandado de segurança, em suas ambas vertentes, embora seja provido de fundamento constitucional, com disposição no rol dos direitos fundamentais (art. 5º), é uma ação, e como tal, deve ser estudado na seara processual, isto é, as questões concernentes à legitimidade, ao procedimento, dentre outras, devem ser sanadas de acordo com a teoria geral do processo. Como acentua Greco Filho,¹⁶⁶ “trata-se de um pedido de atuação de jurisdição e, por conseguinte, classifica-se como ação e como processo.” Mesmo diante da existência de regras especiais, como por exemplo, as disposições quanto à legitimidade, uma vez que o interesse a ser efetivado, por meio do Mandado de Segurança Coletivo, é de cunho transindividual, perdura, nesse instrumento, a sua roupagem de ação.

No mandado de segurança de caráter singular, exige-se que o impetrante seja o detentor do direito sob o qual requer a tutela jurisdicional, ou seja, terá legitimação para o *mandamus* o titular do interesse em análise. Todavia, no que tange ao Mandado de Segurança Coletivo, os legitimados serão aqueles descritos no inciso LXX da Constituição, que não são, necessariamente, os efetivos detentores do direito, mas, por serem representantes dos titulares, possuem legitimidade para o manuseio do *Writ* Coletivo, quando, por óbvio, o direito dos seus representados atenderem às exigências do inciso LXIX.

De toda a sorte, o mandado de segurança, seja coletivo seja singular, é um instrumento “harmonioso e aperfeiçoado, que garante a liberdade individual, a dignidade humana e a intangibilidade das conquistas da civilização contra o arbítrio do poder governamental.”¹⁶⁷ E, tais atributos permeiam, com mais intensidade, o

¹⁶⁵ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 32. ed. atualizada de acordo com a Lei n. 12.016/2009. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 122.

¹⁶⁶ GRECO FILHO, Vicente. *O novo mandado de segurança: comentários à Lei n. 12.016 de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 13.

¹⁶⁷ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 32. ed. atualizada de acordo com a Lei n. 12.016/2009. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 147.

mandamus coletivo, diante da extensão e ramificação que revestem os interesses por ele tutelados, isto é, os de cunho transindividual.

III.4 CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO DA TUTELA COLETIVA

Os interesses transindividuais podem ser tutelados, ainda que de modo indireto, por intermédio do controle concentrado de constitucionalidade, pois as decisões de mérito proferidas, nas respectivas ações, possuem, além da eficácia direta de tutelar a ordem jurídica, o efeito de, por via reflexa, autorizar ou não a incidência da norma, objeto da demanda, sobre os fatos jurídicos, afirmando ou negando a existência dos direitos.

Convém, dessa forma, esmiuçar alguns aspectos referentes ao controle de constitucionalidade, o qual existe para assegurar a harmonia da legislação infraconstitucional com a Lei Maior, por meio de um trâmite especial, direcionado a tal intento. Como pondera Canotilho,¹⁶⁸ “o controle abstrato de normas não é um processo contraditório de partes; é, sim, um processo que visa sobretudo à ‘defesa da constituição’ e da ‘legalidade democrática’, através da eliminação de atos normativos contrários a Constituição.”

O sistema de controle de constitucionalidade tem como fundamento o próprio ordenamento jurídico brasileiro, cuja Constituição é classificada como rígida, possui um processo de alteração de normas constitucionais solene e dificultoso, o qual foi instituído por meio de uma hierarquia ou predominância de normas. Dessa forma, seguindo o raciocínio de predomínio de normas, nenhum ato normativo pode ser discrepante com a Lei hierarquicamente superior (Constituição da República).

O controle concentrado de constitucionalidade é atribuição imputada ao Supremo Tribunal Federal, conhecido como o guardião da Constituição, em que o processo, cujo objeto é a constitucionalidade ou não do ato normativo, irá tramitar. Cabe ao Supremo Tribunal Federal a função de controlar a constitucionalidade, o que significa, nos dizeres de Moraes¹⁶⁹ “verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou ato normativo com a Constituição, verificando os seus requisitos formais ou materiais.”

¹⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 966.

¹⁶⁹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 712.

Exemplificando, a ação direta de constitucionalidade tem como objetivo que seja declarada a constitucionalidade do ato normativo, posto a apreciação do Supremo Tribunal Federal, ao passo que, inversamente, a ação direta de inconstitucionalidade possui o escopo de imputar a inconstitucionalidade da lei. Por esse raciocínio, se a primeira ação mencionada for procedente, a lei será considerada constitucional e, assim, mantida, no ordenamento jurídico e, em contrapartida, se for considerada improcedente, o diploma será banido do sistema, por estar em desarmonia com a Lei Maior.

O mesmo raciocínio é válido para a ação direta de inconstitucionalidade: se for procedente, o ato normativo será considerado pelo Supremo como eivado de inconstitucionalidade, motivo pelo qual não poderá ser conservado, no ordenamento jurídico, por ferir a Constituição da República. Se, por outro lado, a ação for considerada improcedente, a lei continuará a perdurar, na órbita jurídica, pois o Supremo Tribunal Federal não terá reconhecido qualquer indício que infringe a Lei Maior.

Como entende Moraes.¹⁷⁰

Por meio desse controle, procura-se obter a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo em tese, independentemente da existência de um caso concreto, visando à obtenção da invalidação da lei, a fim de garantir-se a segurança das relações jurídicas, que não podem ser baseadas em normas inconstitucionais.

Constata-se que ambas as sentenças (emanadas da ADIN e ADECON) têm natureza dúplice, ou seja, as duas possuem “aptidão para firmar, quando julgadas no seu mérito, juízo de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade do preceito normativo que lhes dá objeto (lei 9868/99, art. 24),” conclui Zavascki.¹⁷¹

Assim, considerando que tais sentenças têm eficácia *erga omnes* (aplicação genérica), do ponto de vista material, e *ex tunc* (efeitos retroativos), é inegável que o controle concentrado de constitucionalidade caracteriza-se por ser um poderoso instrumento para tutelar, ainda que indiretamente “direitos subjetivos individuais, tutela que acaba sendo potencializada em elevado grau, na sua dimensão

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 736.

¹⁷¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 282.

instrumental, pela eficácia vinculante das decisões. É em outras palavras, um especial modo de prestar tutela coletiva.”¹⁷²

Seguindo a afirmação acima, o Supremo Tribunal Federal, ao proferir o seu parecer em uma demanda, cujo objeto é a constitucionalidade ou não da norma, assegura ou infirma a manutenção do ato normativo no ordenamento jurídico. Se, em tal hipótese, a lei em análise for um instrumento disciplinador de interesses transindividuais, ao confirmar a constitucionalidade de tal diploma, o Supremo Tribunal Federal, conseqüentemente, terá desempenhado uma prestação jurisdicional intersubjetiva, de forma que se pode sustentar que o controle concentrado de constitucionalidade é um verdadeiro mecanismo de tutela coletiva.

Por outro ângulo, o Supremo Tribunal Federal, ao declarar a inconstitucionalidade de uma norma, retira a sua eficácia do ordenamento jurídico, extraindo, também, os direitos por ela regulamentados. Assim, surge uma indagação, eis que os Ministros de tal órgão superior não foram eleitos por uma maioria democrática, de maneira que não deteriam legitimidade para modular a incidência da norma jurídica, e não teriam envergadura para atuar no processo legislativo, pois, por meio da repartição de competências, instituída pela Lei Maior, a função típica de instituir ou revogar normas é imputada ao Poder Legislativo.

A modulação dos efeitos das decisões emanadas do Supremo Tribunal Federal é assunto que enseja intensa discussão, podendo ser objeto de trabalhos dissertativos próprios. Contudo, deve-se deixar registrada a atuação do Supremo Tribunal Federal, no âmbito da tutela dos interesses coletivos, por meio do controle concentrado de constitucionalidade, o que, indiscutivelmente, é um instrumento de efetivação dos interesses transindividuais.

III.4.1 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE

Como relatado no item iniciador deste capítulo, a Ação Civil Pública é um instrumento típico de tutela dos interesses transindividuais, cuja lei, de cunho processual, ao lado do Código de Defesa do Consumidor, destina-se à proteção e à efetivação de qualquer interesse coletivo, instituído, inclusive, por outras leis

¹⁷² *Ibidem*, p. 279.

esparças substanciais. Trata-se do já mencionado microssistema de tutela dos interesses coletivos.

O controle difuso de constitucionalidade, diferentemente do controle concentrado, caracteriza-se “pelo fato de ser exercitável perante um caso concreto a ser decidido pelo Poder Judiciário.”¹⁷³ Dessa forma, quando alguém, por intermédio do seu direito constitucional e processual de ação, provoca o Judiciário (dissolve a sua inércia), colocando um litígio à sua apreciação, a fim de pleitear uma tutela jurisdicional, o magistrado poderá analisar, incidentalmente, também, a constitucionalidade ou não do ato normativo, regulador do objeto em análise.

Considerando que a decisão proferida, na Ação Civil Pública, produz eficácia *erga omnes*, conforme previsão contida, no artigo 16 da Lei n.º 7.347/1985, se o magistrado, que poderá ser instado a proceder ao controle difuso de constitucionalidade, como em qualquer processo jurisdicional, reconhecer a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, tal decisão exarada em sede de ação coletiva irá transcender as partes abrangidas pela demanda, ou seja, os efeitos poderão ser *ultra partes*.

De acordo com a análise em conjunto do instrumento instituído pela lei n.º 7.347, de 1985, ressaltando a eficácia *erga omnes* do julgado, e das considerações introdutórias do controle difuso de constitucionalidade, seria pertinente afirmar que é possível o controle esparso de constitucionalidade por meio da Ação Civil Pública? A Ação Civil Pública pode ser considerada como um instrumento de invalidação ou confirmação da lei ou ato normativo, seja ele federal, estadual ou municipal, que regulamenta interesses transindividuais?

Acentuando, ainda mais, o questionamento, a Ação Civil Pública teria sido habilitada a um controle difuso de constitucionalidade mais incisivo que aquele imputado ao Supremo Tribunal Federal, uma vez que, nesse caso, a teor do artigo 52, X da Constituição da República,¹⁷⁴ os efeitos *ultra partes* estaria condicionado à prévia atuação do Senado?

Deve-se salientar, antes de perquirir as respostas para os questionamentos suscitados, que o objeto da Ação Civil Pública é bastante amplo, delimitado, em conjunto, pela lei 7.347/1985 e pelo Código de Defesa do Consumidor, sendo que a

¹⁷³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 728.

¹⁷⁴ Art. 52: “Compete privativamente ao Senado Federal: X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.”

tutela a ser pleiteada pode ser condenatória, isto é, abre oportunidade para uma execução forçada, mandamental, que “implica o cumprimento específico da ordem do juiz, sob pena de configurar crime de desobediência ou de responsabilidade,” segundo entende Lenza,¹⁷⁵ ou constitutiva que pode criar, modificar ou extinguir uma relação jurídica.

A análise conjugada da ação coletiva em destaque, com o julgado de proporções *erga omnes*, e do controle difuso de constitucionalidade, que é um sistema de averiguação de conformidade das normas e comportamentos com a Carta da República, efetuado por todos os órgãos jurisdicionais, ao realizar o exame de uma situação concreta, remonta na complexidade do assunto ora abordado.

Assim, a resposta para tal indagação não é pacífica na doutrina, já que a decisão proferida pelo magistrado ou tribunal, em sede de Ação Civil Pública, declarando a inconstitucionalidade, acarreta efeitos *erga omnes*, ocorrendo, assim, uma “usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, por ser o único Tribunal em cuja competência encontra-se a *interpretação concentrada da Constituição Federal*,” esse é o posicionamento de Moraes.¹⁷⁶

Dessa forma, um dos enfáticos obstáculos quanto à permissão do controle difuso de constitucionalidade, por meio da Ação Civil Pública, é a usurpação de competência do Superior Tribunal Federal, visto que, como protetor da Lei Maior, possui a competência exclusiva de declarar a inconstitucionalidade de lei em tese, com a interrupção da eficácia e aplicabilidade da norma no ordenamento jurídico como um todo.

Nesse sentido, como restrição ao manuseio da Ação Civil Pública como instrumento de controle difuso de constitucionalidade, mesmo tendo como objeto principal a tutela dos interesses transindividuais, Bulos¹⁷⁷ prescreve que, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, “a ação civil pública não poderá ser utilizada como sucedâneo de ação direta de inconstitucionalidade, provocando uma espécie de controle concentrado de constitucionalidade da lei ou ato normativo.”

¹⁷⁵ LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 328.

¹⁷⁶ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 728/729.

¹⁷⁷ BULOS, Uadi Lammego. *Curso de direito constitucional*. 3. ed.rev. e atual.de acordo com a Emenda Constitucional n. 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 149.

Tavares¹⁷⁸ corrobora com tal posicionamento, afirmando que inexistente justificativa para se conceber o controle difuso de constitucionalidade, por meio da Ação Civil Pública, uma vez que a sua utilização dilatada proporcionaria os mesmos efeitos, os quais somente podem ser produzidos por meio do controle concentrado de constitucionalidade. Pondera o autor.

[...] não se pode conceber que se tenha engendrado um sistema próprio, criado pela Constituição, com uma instituição também própria (Supremo Tribunal Federal) para tratar da questão da constitucionalidade das leis com decisões *erga omnes* e, paralelamente, admitir que qualquer órgão da Justiça realize, por via da ação civil pública, essa tão delicada tarefa, muitas vezes fazendo-o também em abstrato, ou seja, sem qualquer referibilidade a um caso concreto específico (tal como deveria ocorrer apenas no exercício da jurisdição constitucional concentrada). Assim, embora se possa afirmar que, teoricamente, não há usurpação de competência própria do Supremo Tribunal Federal, já que o objeto da ação civil pública não é propriamente a declaração de inconstitucionalidade, na prática, admitir-se de modo amplo a possibilidade de controle difuso em virtude de ação civil pública pode desembocar em situações que só se deveriam alcançar por força das ações de controle concentrado da constitucionalidade, perante o Supremo Tribunal Federal.

Posicionamento distinto se baseia na denominada “judicialização da política”, cujo significado implica em uma ampliação das atribuições imputadas ao Poder Judiciário. Como descreve Sá,¹⁷⁹ tal termo confere ao Judiciário “decisões acerca das questões que tradicionalmente estavam afetas apenas ao Executivo e ao Legislativo, segundo uma visão clássica de separação de poderes”. O autor entende que, diante das reais e atuais necessidades da sociedade, há um “novo traçado, um novo dimensionamento das parcelas de poder a serem exercidas pelos órgãos em que se repartem as funções do Estado.”

Acerca de tal fenômeno, acentua Mancuso¹⁸⁰ que o “Judiciário vai deixando sua tradicional postura discreta e reativa, para vir ao proscênio, muita vez como protagonista no palco dos debates envolvendo temas de grande interesse nacional,” proferindo decisões que influenciam e afetam o cotidiano da sociedade, nas mais distintas vertentes.

¹⁷⁸ TAVARES, André Ramos. *Tratado da Arguição de Preceito Fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 287.

¹⁷⁹ SÁ, José Adonis Callou de Araújo. *Ação civil pública e controle de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 108-109.

¹⁸⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.64.

Com fulcro na denominada “judicialização da política,” Sá defende o manuseio da Ação Civil Pública, com a possibilidade, inclusive, de análise da constitucionalidade ou não da lei ou ato normativo. Contudo, para o autor,¹⁸¹ ainda que a determinada ACP tenha como causa de pedir consistente na inconstitucionalidade de ato normativo, o objeto continua sendo o determinado interesse coletivo, sobre o qual se requereu a tutela, previstos na Lei Maior ou legislação específica. Prossegue ressaltando que “a questão da constitucionalidade de lei ou ato normativo não figura como objeto da ação civil pública, porém é posta como prejudicial à decisão de mérito, no caso concreto.”

Carneiro¹⁸² defendeu, em dissertação apresentada como requisito ao título junto ao mestrado em Direito Negocial, da Universidade Estadual de Londrina/PR, que a delimitação do objeto da ação coletiva “constitui resposta para todos os questionamentos, inclusive para uma possível usurpação de competência do STF.” Com a transcrição de uma série de exemplos de demandas coletivas, o autor frisa que o objeto da Ação Civil Pública será a solução do conflito de ordem coletiva e, incidentalmente, a questão da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo regulador do caso concreto deverá ser resolvida, porém, “a norma constitucional continuará em vigor, mas não poderá ser aplicada ao caso vertente.”

É possível afirmar, sem maiores delongas, que a ação coletiva, como instrumento de defesa dos interesses de um grupo de pessoas, deverá apresentar sempre um caso concreto, ou seja, um conflito de interesses que objetivamente está prejudicando o interesse do grupo...

Nesses casos não se verifica, portanto, usurpação de competência do STF, nem perda da finalidade do controle abstrato. Acredita-se que a questão toda se torna simples, se adequadamente considerada.

Todavia, em que pese esse respeitável posicionamento, os óbices da ação coletiva em destaque, como mecanismo de controle difuso de constitucionalidade continuam latentes, diante do efeito *erga omnes* estatuído pelo dispositivo 16 da lei n.º7.347/1985. A decisão que analisar o caso concreto, o qual versa sobre um conflito de cunho coletivo, e, por vias reflexas, sobre a inconstitucionalidade da

¹⁸¹ SÁ, José Adonis Callou de Araújo. *Ação civil pública e controle de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 128.

¹⁸² CARNEIRO, Mauricio de Oliveira. *Ações coletivas e controle difuso de constitucionalidade: efetividade e problemática processual*. Dissertação (Mestrado) Universidade Estadual de Londrina. Londrina, p. 209-211.

norma aplicável, terá uma abrangência ampla, que não se atém somente às partes abarcadas pelo litígio. Assim, se a ação coletiva for decidida, tendo como fundamento uma norma considerada inconstitucional, esse julgamento terá uma ampla repercussão. Mesmo o objeto da ação coletiva em análise ser o determinado litígio que veicula os interesses transindividuais, a inconstitucionalidade constatada, por meio do controle difuso, transcenderá as partes envolvidas na lide solucionada.

Mendes¹⁸³ instiga, em artigo denominado “Ação civil pública e controle de constitucionalidade” que, devido ao objeto bastante amplo da ação promulgada pela lei n.º7.347/1985 (qualquer interesse difuso ou coletivo), não raras vezes, tem-se indagado sobre a “utilização da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade”, e, em tal excerto, continua o assunto, assinalando que “não há dúvida que as respostas a essas questões dependem de algumas reflexões sobre o próprio modelo brasileiro de controle de constitucionalidade.”

Considerando que, conforme dispositivo específico da lei n.º7.347, de 1985 (artigo 16), a sentença proferida em Ação Civil Pública terá eficácia *erga omnes*, de maneira que, a decisão que repelir a constitucionalidade da norma, em sede de tal instrumento, poderá ter eficácia análoga com a das ações diretas de inconstitucionalidade, pondera o autor.¹⁸⁴

Isso significa que, se utilizada com o propósito de proceder ao controle de constitucionalidade, a decisão que, em ação civil pública, afastar a incidência de dada norma por eventual incompatibilidade com a ordem constitucional, acabará por ter eficácia semelhante à das ações diretas de inconstitucionalidade, isto é, eficácia geral e irrestrita.

E conclui Mendes quanto à inidoneidade completa da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade.¹⁸⁵

Nessas condições, para que se não chegue a um resultado que subverta todo o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, tem-se de admitir a inidoneidade completa da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade, seja porque ela acabaria por instaurar um controle direto e abstrato no

¹⁸³ MENDES, Gilmar. Ação civil Pública e controle de constitucionalidade. WALD, Arnaldo. *Aspectos polêmicos da ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 151.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 162.

¹⁸⁵ MENDES, Gilmar. Ação civil Pública e controle de constitucionalidade. WALD, Arnaldo. *Aspectos polêmicos da ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.163.

plano da jurisdição de primeiro grau, seja porque a decisão haveria de ter, necessariamente, eficácia transcendente das partes formais.

Desta feita, em que pese a atuação do Poder Judiciário, no âmbito da efetivação, no plano concreto dos direitos consagrados, no ordenamento jurídico, os ditames constitucionais, no que tange à repartição de competências e atribuições, devem ser respeitados, sob pena de infringir texto consagrado em Lei Maior. Assim, embora a abrangência da Ação Civil Pública seja vasta, não há como acatar o controle difuso de constitucionalidade, por meio de tal mecanismo, no qual a decisão proferida tem eficácia *erga omnes*, equiparando-se à deliberação emanada do Tribunal Superior competente, no que se refere ao controle de constitucionalidade.

É coerente o argumento de uma nova dimensão de desempenho do Poder Judiciário face aos interesses transindividuais, todavia deve-se ponderar que, embora os novos contornos da tutela jurisdicional coletiva postulem uma atuação mais incisiva da atividade jurisdicional, como forma de efetivar os direitos fundamentais que transcendam o caráter singular, pondera Bellinetti,¹⁸⁶ ao qualificar o processo como instrumento do poder, que deve ser visto como “um dos elementos fundamentais para a construção de uma sociedade mais justa,” o exercício do poder “somente será legítimo se seguir os princípios democráticos da Constituição Federal.” Assim, o limite da performance jurisdicional, bem como das demais facções do Poder, é a Carta Magna.

¹⁸⁶ BELLINETTI, Luiz Fernando. *Direito e Processo. Processo e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p.20.

CAPÍTULO IV

A ADEQUAÇÃO AO SISTEMA PROCESSUAL

IV.1 A RELEVÂNCIA DA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA. PRINCÍPIOS PROCESSUAIS COLETIVOS – O ACESSO À JUSTIÇA

Pela sua relevância, os interesses transindividuais urgem por uma tutela jurisdicional efetiva, de forma que determinado litígio de cunho coletivo, posto à apreciação do Poder Judiciário, seja por qualquer um dos mecanismos típicos, alcance um provimento apto a assegurar o exercício e a existência de qualquer interesse que transcenda a esfera do individual.

Ademais, a tutela dos interesses transindividuais, como já enfatizado, é um canal para o acesso à Justiça, que é um direito fundamental consagrado em sede de Constituição da República. Os interesses intersubjetivos abrangem uma ampla gama de sujeitos, de forma que, efetivando os direitos de tais indivíduos, estará se expandindo o acesso à Justiça, potencializando a prestação da tutela jurisdicional.

Grinover e outros elencam os diversos princípios que justificam uma tutela adequada aos direitos transindividuais, sendo fundamentais ao processo coletivo, destacando, nesse momento, o primado da ação, do impulso oficial, da universalidade da jurisdição, da economia e do acesso à Justiça, e, acerca deste último, ressaltam os autores.¹⁸⁷

Percebe-se, assim, que o acesso à justiça para a tutela dos interesses transindividuais, visando à solução de conflitos que, por serem de massa, têm dimensão social e política, assume feição própria e peculiar no processo coletivo. O princípio que, no processo individual, diz respeito exclusivamente ao cidadão, objetivando nortear a solução de controvérsias limitadas aos círculos de interesses da pessoa, no processo coletivo transmuda-se em princípio de interesse de uma coletividade, formada por centenas, milhares e às vezes milhões de pessoas.

Conforme explica Mendes,¹⁸⁸ os danos oriundos da sociedade de massa, se sopesados individualmente, são considerados ínfimos, o que prejudica a sua

¹⁸⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e anteprojeto de código brasileiro de processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 12.

¹⁸⁸ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2. ed.rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 29.

reivindicação em juízo, além de fortalecer o causador da lesão, que por ausência das penalidades cabíveis, perpetuará a sua conduta danosa. Ainda, a postulação de tais interesses em ações particularizadas acentua o excesso de carga no Judiciário, o que enseja, além do aparecimento de decisões conflitantes, uma acentuada morosidade, um obstáculo ao acesso à Justiça. O autor acima referido conclui.¹⁸⁹

Com a cumulação de demandas, a situação tende a ser alterada, tendo em vista que o próprio valor patrimonial da causa, que individualmente seria mínimo, passa a ser de grande relevância, chegando, por vezes, a importâncias astronômicas, o que, *per se*, já pode ser suficiente para ensejar o interesse de bons profissionais para a causa, além de recursos para a propositura e colheita de provas. As ações coletivas, se bem estruturadas, podem ser, portanto, um efetivo instrumento para o aperfeiçoamento do acesso à Justiça, eliminando os entraves relacionados com os custos processuais e desequilíbrio entre as partes.

Todos os princípios listados são inerentes a ambas as modalidades de processo (individual e coletivo), porém, por óbvio, as suas acepções assumem contornos e reflexos diferenciados, no âmbito da tutela dos interesses transindividuais, adequando-se às suas características. O preceito da ação, pelo qual cabe à parte a iniciativa de suscitar o exercício da atividade jurisdicional, e do impulso oficial, em que consagra a possibilidade de o magistrado impulsionar o trâmite do processo, são exemplos de princípios com incidência na seara da tutela jurisdicional coletiva.

Ressalte-se, ainda, o princípio interligado ao acesso à Justiça, denominado de universalidade da jurisdição, segundo o qual o preceito fundamental insculpido, no art. 5º, XXXV, “deve ser garantido a um número cada vez maior de pessoas, amparando um número cada vez maior de causas.”¹⁹⁰ Por tal premissa, as novas demandas, características dos conflitos reinantes na sociedade hodierna são submetidas ao Poder Judiciário, reivindicando tutela adequada a efetivar tais interesses.

A tutela jurisdicional coletiva evita as múltiplas e repetitivas ações individuais, isto é, minimiza a sobrecarga no Judiciário, na medida em que possibilita um contingente expressivo de sujeitos a postular os seus direitos em uma mesma

¹⁸⁹ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2. ed.rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 29.

¹⁹⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e anteprojeto de código brasileiro de processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 12.

ação. Por isso, pode-se afirmar que a tutela coletiva é um instrumento apto para consubstanciar a efetividade do processo, conceito esse que vem sendo o elemento direcionador das recentes reformas, cujo escopo precípua é transformar o processo em um instrumento célere e eficaz.

A tutela coletiva é um instrumento dinâmico e efetivo de consolidar os escopos da jurisdição, devido às peculiaridades dos interesses transindividuais, que, como já frisado, se constituem por serem mais abrangentes e complexos. Trata-se, também, de um meio de ampliar e aprimorar a efetividade da tutela jurisdicional, pressuposto inerente ao acesso à Justiça.

Grinover¹⁹¹ defende que o “o princípio da economia processual preconiza o máximo de resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais.” Nesse sentido, atuam as ações coletivas, na medida em que evita o acúmulo de demandas com o mesmo objeto, possibilitando, assim, uma única ação para tutelar o direito de pessoas difusamente consideradas.

A tutela jurisdicional coletiva surgiu com os interesses os quais transcendem a esfera patrimonialista, que remanescem em decorrência de contingências, em que envolvem uma ampla gama de indivíduos, característicos da sociedade atual, globalizada, com escopos de cunho capitalista. Esses interesses reivindicavam do Poder Judiciário uma atuação diligente, apta a sanar os conflitos (lides) que os norteiam, e suscetível de alcançar efetivação de tais direitos, muitos qualificados como fundamentais, com todas as peculiaridades decorrentes dessa rotulação.

Assim, se há interesses que necessitam de atuação estatal, por meio do órgão competente a prestar a tutela pleiteada, a existência de qualquer óbice a prejudicar o exercício do direito de ação, garantido pelo Estado como uma contrapartida à proibição da autotutela, mesmo que de cunho coletivo, é considerado inconstitucional, e discrepante com o ordenamento jurídico como um todo, uma vez que a Lei Maior preceitua um amplo acesso à Justiça (art. 5º, XXXV).

Marinoni,¹⁹² ao retratar o surgimento da consciência de que determinados bens são fundamentais para a organização social, ainda que de ampla titularidade (pertencentes a toda a sociedade ou determinado grupo), acentua ser imprescindível a existência de mecanismos processuais, hábeis a efetivá-los em juízo.

¹⁹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Disponível em www.direitouterj.org.br/2005/download/outros/cbpc. Acesso em 07/04/2008.

¹⁹² MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p.99.

Surgiu, assim, a percepção de que o direito ao meio ambiente (por exemplo), mesmo que pensado como bem que não interessa apenas a uma só pessoa, deve contar com instrumentos processuais aptos à sua tutela em juízo, pouco importando o fato de não ser individualizado. Direitos desse porte, então, passaram a ser categorizados como transindividuais, de natureza indivisível.

Desta feita, se perduram interesses coletivos, os quais necessitam da atuação do órgão jurisdicional, o ordenamento jurídico deve instituir mecanismos hábeis a prestar a tutela que ora se postula. Assim, evidencia-se a tutela jurisdicional coletiva, com mecanismos, institutos e regulamentações adequadas a sanar as lides, cujo objeto é um interesse com características diferenciadas, e que por isso, carecem de uma tutela, também, diversificada.

A necessidade de tutelar os interesses transindividuais, instituindo um sistema de regulamentação conforme as suas peculiaridades, para que, assim, seja proporcionado ao jurisdicionado uma efetiva tutela, sanando os conflitos de interesses e os danos que afetam uma ampla gama de sujeitos, oriundos da complexidade existente na sociedade contemporânea, é o elemento motriz de toda a discussão concernente ao processo coletivo. Como bem pontuou Oliveira Junior.¹⁹³

Ora, parece inquestionável, por conseguinte, que os direitos mencionados não podem mais ser tutelados individualmente, de acordo com a orientação tradicional, em face de ser outra a sua própria natureza jurídica, isto é, porque são eles de caráter coletivo.

Essas considerações possuem como respaldo a observação tecida por Vigliar, de que os interesses transindividuais sempre existiram, todavia, diante das mais diversas situações existentes no cotidiano atual, suscitam conflitos de interesses, necessitando, assim, de atuação jurisdicional. “O que não havia, isso sim, eram instrumentos processuais adequados para que as suas tutelas fossem deduzidas em juízo.”¹⁹⁴

Os mencionados instrumentos processuais adequados, ou melhor, a tutela jurisdicional adaptada é uma fase processual que se encontra em pleno andamento, em constante vigor. O sistema processual está em período de transposição, isto é, em busca da proposta que melhor se coadune com o principal escopo da tutela

¹⁹³ OLIVEIRA JÚNIOR, José Carlos Mariz. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela dos interesses difusos*. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1984, p.11.

¹⁹⁴ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 19.

jurisdicional coletiva, qual seja, a efetivação dos interesses transindividuais, com a mitigação dos empecilhos que embaraçam esse propósito.

Ressalte-se que essa adaptação não implica em desnaturar a relevância dos institutos existentes, no Código de Processo Civil, mas sim relativizar os preceitos individualistas, consubstanciando outros que atendam às peculiaridades dos interesses coletivos. Não se trata de uma mitigação do diploma processual vigente, mas sim, um verdadeiro ajuste, uma análise de tais institutos à luz das características dos interesses em voga, pois o próprio diploma que regulamenta a Ação Civil Pública pugna pela aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, “naquilo que não contrarie as suas disposições.”¹⁹⁵

Pode-se afirmar, dessa forma, que essa etapa de ajuste justifica-se para consubstanciar o direito de ação a todos os indivíduos, e para que o Estado cumpra o papel que designou para si, que se concentra na prestação da tutela jurisdicional, tutelando, por meio do resultado do trâmite processual (sentença), o exercício dos interesses coletivos, repelindo os empecilhos que contrariem tal mister.

Essa fase de adaptação tem como respaldo valores de indiscutíveis relevância, inclusive, com guarida constitucional. Dessa forma, como assevera Vigliar, “não se pode aceitar um comentário muito comum e que é portador de um indisfarçável preconceito, qual seja, aquele que busca associar a defesa dos interesses transindividuais a um *modismo*” (grifo do autor). Não são os interesses transindividuais que estão em voga, mas a necessidade de efetivá-los, diante de transgressão a tais preceitos.

E o autor conclui.¹⁹⁶

O que se mostrou inadiável foi a necessidade de se socorrer da atividade jurisdicional para que esses valores transindividuais merecessem uma tutela efetiva, quando não respeitados de forma espontânea, ou seja, quando do não-cumprimento espontâneo das normas de direito material que os disciplinam.

Desta feita, em virtude de todos os princípios que norteiam a tutela dos interesses transindividuais, ressaltando, nesse momento, o acesso à Justiça, é inegável a relevância de estudar e discutir propostas que concretizem o êxito da tutela jurisdicional coletiva. É imperioso alcançar um deslinde dessa etapa

¹⁹⁵ Artigo 19 da Lei n. 7.347/1985.

¹⁹⁶ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 19.

processual, cujo destaque se deu com o advento da Lei 7.347, de 1985, que inaugurou profundas alterações, no âmbito do processo coletivo, atingindo, assim, o aperfeiçoamento dos mecanismos processuais coletivos já existentes, e a adaptação dos institutos processuais às exigências da tutela coletiva, refutando as celeumas que obstam a eficácia da jurisdição transindividual.

E, acerca de tais dissensos, que norteiam o traslado do individual ao coletivo, Moreira,¹⁹⁷ em 1984, vislumbrou os inúmeros problemas processuais proclamados pelos interesses difusos, devidos “às suas notas essenciais,” ou seja, às suas peculiaridades e traços distintivos. Para o autor.

Os traços básicos são: primeiro a existência de uma pluralidade de titulares, em número indeterminado, e ao menos para fins práticos, indeterminável; segundo, a indivisibilidade do objeto do interesse, cuja satisfação necessariamente aproveita em conjunto a todos, e cuja postergação a todos em conjunto prejudica. Em semelhante perspectiva, sobressaem algumas espécies, de crescente importância na vida contemporânea da maior parte das sociedades desenvolvidas ou em processo de desenvolvimento.

Essas notas essenciais e peculiaridades marcantes dos interesses coletivos, que se distinguem dos direitos de caráter singular, são objetos dessa etapa de adaptação, isto é, esse alinhamento da tutela jurisdicional coletiva busca transpor todos os obstáculos gerados pelos traços característicos dos interesses transindividuais, para, dessa forma, proporcionar a tutela adequada e efetiva aos conflitos que envolvam interesses dessa dimensão.

Como bem consideraram Grinover e outros,¹⁹⁸ “no campo dos institutos fundamentais, o processo coletivo conta com institutos muito diversos daqueles em que se alicerça o processo individual.” São, exatamente, esses institutos distintos que urgem por uma regulamentação apropriada, apta a sanar todas as divergências existentes na seara dos interesses transindividuais.

Dessa forma, as propostas que ora se apresentam para o saneamento das divergências, as quais permeiam os interesses transindividuais, buscam a supressão das principais dissensões marcantes nessa fase processual, para consubstanciar, por meio da tutela dos interesses coletivos, um verdadeiro acesso à Justiça, preceito

¹⁹⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A proteção jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela dos interesses difusos*. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1984, p.99.

¹⁹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e anteprojeto de código brasileiro de processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 14.

que norteia todo o aparato processual civil, e que proclamou, nesse ramo do direito, várias ondas reformulatórias.

Acerca da adaptação do diploma instrumental civil ao preceito constitucional do acesso à Justiça, concluíram Capelletti e Garth,¹⁹⁹ em 1978, que “uma verdadeira *revolução* está se desenvolvendo dentro do processo civil”, ciclo de alterações que se revela latente quando se trata da tutela dos interesses difusos, “segunda onda de reformas que forçou a reflexão sobre noções tradicionais muito básicas do processo civil e sobre o papel dos tribunais.”

Esses períodos de reformas são fracionados por Zavascki,²⁰⁰ em duas *fases* ou *ondas*, sendo a primeira com início, em 1985, caracterizada pela “introdução no sistema de instrumentos até então desconhecidos do direito positivo,” ressaltando, nessa fase, a tutela dos interesses transindividuais; e a segunda, cujo desencadeamento se deu, em 1994, teve como escopo não o de inaugurar outros mecanismos, mas sim, “o de aperfeiçoar os já existentes no Código de Processo, de modo adaptá-lo às exigências dos novos tempos.”

Tal processo de renovação encontra-se em vigor não só no âmbito da tutela coletiva, mas, também no campo do direito processual como um todo, como se assevera, nas recentes alterações legislativas, a exemplo, do advento das Leis n.º11.232/2005, 11.187/2007, 11.383/2006, 12.016/2009, dentre outros diplomas inaugurados com o fito de preterir a morosidade, no trâmite processual, e afastar todas as consequências dela advindas, a fim de efetivar um processo célere, que é um pressuposto do acesso à Justiça.

Como bem assevera Dinamarco.²⁰¹

A segunda metade do século XX caracterizou-se, na doutrina internacional do processo civil, como um *tempo de mudanças*. O monumental esforço dos idealistas portadores da bandeira da efetividade do processo abriu espaço para a consciência da necessidade de pensar no processo como algo dotado de bem definidas destinações institucionais e que deve cumprir os seus objetivos, sob pena de ser menos útil e tornar-se socialmente ilegítimo.

¹⁹⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e Revisão Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p.49.

²⁰⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.15.

²⁰¹ DINAMARCO, Candido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. 5. ed.rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 21.

Dessa forma, em atenção às denominadas ondas reformulatórias, os processualistas vêm elaborando os anteprojetos de código brasileiro de processo coletivo, para que, também nessa seara, seja consubstanciado o preceito de acesso à Justiça, elemento precursor de todo esse período renovatório.

As propostas concernentes ao processo coletivo, atualmente em análise, são indicações de que o jurista está atento às necessidades do ordenamento jurídico, decorrentes das insurgências do jurisdicionado, em suprir as deficiências quanto à tutela coletiva, e promover a defesa dos interesses transindividuais, de forma satisfatória. Nesse sentido, esclarecedor o seguinte posicionamento de Vigliar:²⁰²

O legislador vem demonstrando grande sensibilidade para os problemas de hoje e vem disciplinando a defesa dos interesses transindividuais, captando na sociedade a disposição e o sentimento de necessidade inadiáveis para a defesa dos mesmos, já que determinadas práticas, condenáveis do ponto-de-vista da convivência social, antecedem o trabalho do legislador que, com seu mister, as disciplina, chegando a condená-las em grau máximo, quando tipifica determinadas condutas ilícitas.

Gidi²⁰³ pondera que “la introducción de las acciones colectivas em Brasil fue de tal importância que tuvieron um profundo impacto em la sociedad,” trazendo, inclusive, o “acesso a la justicia.” Todavia, prossegue o autor que “el uso y êxito a largo plazo de la acción colectiva em Brasil es incierto”, diante dos entraves que permeiam a tutela coletiva.”

Es demasiado pronto para poder determinar si la ley brasileña sobre la acción colectiva sobrevivirá a las esperanzas o se perderá em el formalismo del sistema. Apesar de la ausência de estudos empíricos em Brasil sobre el procedimiento civil, há habido alguna experiência que indica uma tendência positiva.

Se o objetivo desse ajuste da tutela dos interesses transindividuais é superar o individualismo reinante no Código de Processo Civil, além de concretizar uma tutela efetiva, que por vias reflexas, seja apta a consolidar um acesso à Justiça, resta aos operadores do direito adotar a proposta que melhor se coadune com tais

²⁰² VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdiccional coletiva*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 21.

²⁰³ GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales em Brasil*. Um modelo para países de derecho civil. 1. ed. Universidade Nacional Autónoma de México, 2004, p.27.

desígnios. E para tal propósito, o caminho a ser percorrido deve ser uma análise das soluções indicadas à luz do referido preceito constitucional.

IV.2 A EFETIVIDADE DA TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA: MICROSSISTEMA OU CÓDIGO AUTÔNOMO?

Ao proclamar a relevância de tutelar os interesses transindividuais, de forma efetiva, como um imperativo reinante no próprio corpo social, sendo que essa necessidade é o impulso que alavanca a instituição de instrumentos coletivos, asseverou, Moreira.²⁰⁴

A vindicação de interesses coletivos em juízo pode constituir um meio de dar adequada expressão a necessidades e aspirações que talvez não se conseguissem ouvir alhures. Se, em poucos anos, assumiu o problema tão invulgar relevo nas preocupações dos estudiosos, aí se há, de ver seguro índice de força dessas aspirações e premência dessas necessidades.

Assim, a necessidade constante e premente de uma defesa efetiva dos interesses coletivos culminou no sistema atual de tutela dos interesses transindividuais, o qual é denominado como um microssistema, inserido no complexo do processo civil. Trata-se de uma agremiação de diplomas legais, no qual se destacam a lei n.º7.347, de 1985, que disciplina a Ação Civil Pública, e o Código de Defesa do Consumidor, lei n.º8.078, de 1990. Em ambas as legislações, está prevista a aplicação conjunta, se complementando naquilo que for necessário, de forma a tutelar o determinado interesse transindividual.

Ressalta Mendes²⁰⁵ que esse microssistema despontou com os “novos tempos de redemocratização no Brasil,” no qual suscitou a defesa do meio ambiente, assegurando os recursos naturais como um direito das presentes e futuras gerações, e o aparecimento de distintos e relevantes interesses. Ademais, “o Ministério Público, capitaneado especialmente pelo grupo paulista, começa a assumir nova postura diante da sociedade, chamando para si outras

²⁰⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. A proteção jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela dos interesses difusos*. 1. ed. São Paulo: Max Limonad, 1984, p.105.

²⁰⁵ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2. ed.rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 191/192.

responsabilidades, para além da tradicional persecução penal e proteção dos incapazes.”

Essa conjuntura suscitou o aparecimento de diversos diplomas legais aptos a tutelar esses novos interesses que começaram a se sobressair, na sociedade, além da própria Constituição da República, que institui um considerável rol de direitos, divididos em suas respectivas gerações, e institui a tutela dos interesses coletivos, de forma genérica e ampla, em basicamente dois dispositivos (art. 5,º XXI²⁰⁶ e art. 8,º III²⁰⁷). Pode-se afirmar que a proclamação da Lei Maior foi o grande marco para a tutela dos interesses coletivos, pois, a partir de então, para regulamentar os direitos nela previstos, outros diplomas legais foram editados e aprimorados.

Nesse microsistema, além dos referidos diplomas legais, encontram-se outras leis que instituem direitos de cunho coletivo (materiais), e, também, que proclamam instrumentos de defesa de tais interesses, como a já mencionada lei da Ação Popular (4.717 de 1965) e o recentíssimo regulamento do Mandado de Segurança Coletivo, instituído em 2009 (lei n.º 12.016).

Deve-se salientar, mais uma vez, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, no âmbito da tutela jurisdicional coletiva, embora tal complexo de normas seja caracterizado como uma lei, na qual, predominantemente, existam indícios do individualismo. Assim, por óbvio, que recai nas ações coletivas os preceitos que a tais interesses foram compatíveis, sendo, dessa forma, uma incidência subsidiária (artigo 19 da lei n.º 7.347/1985).

Nesse sentido, a título de esclarecimento, necessária a seguinte transcrição.²⁰⁸

Assim, só pode esperar o aperfeiçoamento dos mecanismos de tutela, jamais o desaparecimento deles. Basta, para confirmar essa impressão, que consideremos que o processo civil tradicional não desapareceu quando do surgimento das recentes leis protetivas dos interesses transindividuais. Na realidade, [...] as alterações nos instrumentos processuais são realizadas diante das necessidades ditadas pelas características do direito material.

²⁰⁶ Artigo 5º, XXI: as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

²⁰⁷ Artigo 8º, III: ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.

²⁰⁸ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 20.

Como bem acentuou o texto acima, não se trata de supressão de regulamentos já existentes, mas sim, um aperfeiçoamento, um ajuste direcionado a uma disciplina eficaz dos conflitos, cujos objetos são os interesses coletivos. As alterações são norteadas pela necessidade de uma ampla concretização e de tutela dos direitos materiais, transformando o processo coletivo em um instrumento de realização dos escopos jurisdicionais.

Dessa forma, o ordenamento jurídico oferece para a tutela dos interesses coletivos esse “microssistema,” nos moldes acima descritos. Diante da existência de conflitos de ordem coletiva, é no âmbito dessa conjuntura de normas, que o operador do direito deve buscar amparo para solução da lide, tutelando os interesses transindividuais. Esse microssistema é fruto de posturas do ordenamento, no sentido de conceder subsídios às insurgências da sociedade, todavia, como já enfatizado, é um processo que ainda está em fluxo.

O embate que ora se começa a provocar, cuja solução será proposta, nos itens subsequentes, ao menos é essa a pretensão do presente estudo, consiste em indagar se o fato de existir tão somente um microssistema é que perdura, na seara jurídica, as celeumas quanto à tutela dos interesses coletivos. Reformulando tal questionamento, a codificação em um único diploma processual autônomo irá sanar os empecilhos que obstam a eficácia da tutela coletiva?

A eficácia da tutela jurisdicional coletiva depende de uma codificação; ou uma análise de seus institutos, à luz de uma perspectiva mais apropriada transporia os óbices existentes? Os detentores de interesses transindividuais, ao exercer o seu direito de ação coletiva, almeja encontrar, no Judiciário, um provimento apto a sanar o seu conflito, e conservar o seu direito, isto é, busca uma efetiva tutela jurisdicional. É exatamente essa perspectiva que deve nortear qualquer alteração, concernente à assistência dos interesses de dimensões mais elevadas que a individual.

IV.3 AS PROPOSTAS EXISTENTES QUANTO À TUTELA DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS: OS ANTEPROJETOS DE CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSO COLETIVO

A busca da eficácia na tutela dos interesses transindividuais é um movimento que se encontra vigente na seara jurídica. Essa fase de transição tem o seu percurso direcionado a um desfecho que melhor se coadune com o objetivo que

se pretende, ou seja, um amplo acesso à Justiça, por meio do direito de ação coletiva, que não pode mais ficar suscetível aos obstáculos reinantes.

Como já enfatizado, o regime atual, disciplinador dos processos coletivos, é um microsistema, um complexo de leis decodificadas, esparsas, as quais possuem um único objeto: a tutela dos interesses transindividuais, cada norma com as suas peculiaridades. Há diplomas legais que prescrevem direitos materiais e outros que proclamam determinado instrumento coletivo, de forma que cabe ao intérprete ou operador do direito, a opção pelo mecanismo que esteja mais apto a consubstanciar o seu intento.

Importante salientar que o fenômeno da decodificação não é um traço exclusivo do direito civil, como assevera Didier Júnior e Zaneti Júnior,²⁰⁹ “há, por exemplo, microsistemas penais e processuais,” isto é, existem outros ramos do direito, cujos instrumentos legais específicos são previstos de forma não concentrada, disseminada em todo o aparato normativo.

Relevante, nesse momento, refletir o que representa a codificação dos instrumentos específicos concernentes aos interesses transindividuais. O que significa para a eficácia da tutela jurisdicional coletiva o fato de inserir os principais diplomas difusos, em um mesmo complexo, ou melhor, em um único código. Como salienta Didier e Zaneti,²¹⁰ sendo interessante essa compreensão na busca da eficácia da tutela dos interesses transindividuais, recodificar “significa imaginar uma função residual aos Códigos, que não seja fechada em si mesma, uma função que contribua para a harmonização dos microsistemas com a Constituição, bem como com os valores jurídicos comuns na elaboração de novos microsistemas.”

Assim, a recodificação deve preservar a incolumidade do próprio ordenamento jurídico, caracterizado como um amplo sistema, no qual há a interação dos diplomas legais, de forma harmônica e coerente com a Lei Maior, direcionado a consubstanciar os valores primordiais, que respaldam e sobre os quais sedimenta toda a órbita jurídica.

Nesse sentido, buscando uma codificação dos itens inerentes aos interesses coletivos, surgem os anteprojetos, que são as alternativas que o direito processual civil vem desenvolvendo para dotar a tutela dos interesses transindividuais de

²⁰⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil – processo coletivo* – vol. 4. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 28.

²¹⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil – processo coletivo* – vol. 4. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 46.

efetividade. Todas estão em fase de análise, no sentido de se averiguar a proposta que melhor se identifica com o propósito de suprir as divergências concernentes aos interesses coletivos, e aprimorar os institutos já existentes e utilizados pelos operadores do direito.

A jornada de estudos do Instituto Ibero Americano de direito processual, ocorrida em 2004, na Venezuela, apresentou o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo, que foi elaborado com a participação de quatro professores brasileiros: Ada Pellegrini Grinover, Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, Antonio Gidi e Kazuo Watanabe.

A partir de então, no ordenamento jurídico pátrio, tramitam três propostas de Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo, sendo uma elaborada em conjunto pelos programas de Pós Graduação *Stricto Sensu* da UERJ (Universidade Estadual do Rio de Janeiro) e da UNESA (Universidade Estácio de Sá), encabeçada pelo Professor Dr. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; a segunda alternativa é do IBDP (Instituto Brasileiro de Direito Processual), elaborada sob a coordenação da Professora Ada Pellegrini Grinover, junto ao Programa de Pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP); além da proposta do Professor Antonio Gidi, publicada na *Revista de Processo* n.º111, no ano de 2003.

O anteprojeto originário do Rio de Janeiro possui 60 (sessenta) artigos; a proposta do Instituto de Brasileiro de Direito Processual preceitua 52 (cinquenta e duas) disposições; a indicação do professor Antonio Gidi disciplina a tutela dos interesses transindividuais em 33 (trinta e três) artigos. Em todos os aludidos anteprojeto se proclama, na exposição de motivos, a necessidade de consolidar um processo coletivo eficaz, diante da relevância dos direitos que são por ele tutelados. Trata-se de um ponto pacífico em todas as propostas, as quais disciplinam como objeto da tutela coletiva, os interesses coletivos.

O anteprojeto proposto pelo IBDP traz como objetivo o aperfeiçoamento da legislação sobre o processo coletivo vigente com normas dotadas de flexibilidade e clareza, aptas a permitir ao magistrado a proceder à adequação delas ao caso concreto. Já o anteprojeto da UERJ/UNESA tem como escopo elencar sugestões direcionadas ao aprimoramento da proposta paulista, ao passo que o anteprojeto do professor Gidi traz como propósito a harmonização das leis de países de semelhanças jurídicas e a supressão de lacunas legislativas neles existentes, e claro, o aprimoramento do direito processual civil coletivo.

No que tange à proposta do professor Gidi, é interessante a seguinte colocação.²¹¹

Muitas normas aqui sugeridas são meras repetições, adaptações ou aprimoramentos de normas existentes em outros ordenamentos. Outras, mais inovativas, são o fruto de nossa visão do processo coletivo como um todo, inspiradas no direito processual comparado, individual e coletivo, notadamente nos direitos brasileiro, americano, canadense, francês, italiano e escandinavo.

A proposta apresentada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual tramitou, em janeiro de 2007, no Ministério da Justiça, incorporando as sugestões da Casa Civil, Secretarias dos Assuntos Legislativos, Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) e dos Ministérios Públicos de Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul e São Paulo. A exposição de motivos do aludido anteprojeto declina uma série de causas e discussões que ensejam e clamam por um verdadeiro direito processual coletivo, por uma unificação em um diploma apto a sanar todas as divergências, que, mesmo diante das evoluções louváveis no âmbito coletivo, ainda permeiam e obstam a efetividade da tutela jurisdicional dos interesses não singulares.²¹²

Por outro lado, a evolução doutrinária brasileira a respeito dos processos coletivos autoriza a elaboração de um verdadeiro Direito Processual Coletivo, como ramo do direito processual civil, que tem seus próprios princípios e institutos fundamentais, diversos dos do Direito Processual Individual. Os institutos da legitimação, competência, poderes e deveres do juiz e do Ministério Público, conexão, litispendência, liquidação e execução da sentença, coisa julgada, entre outros, têm feição própria nas ações coletivas que, por isso mesmo, se enquadram numa Teoria Geral dos Processos Coletivos. Diversas obras, no Brasil, já tratam do assunto. E o país, pioneiro no tratamento dos interesses e direitos transindividuais e dos individuais homogêneos, por intermédio da LACP e do CDC, tem plena capacidade para elaborar um verdadeiro Código de Processos Coletivos, que mais uma vez o colocará numa posição de vanguarda, revisitando os princípios processuais e a técnica processual por intermédio de normas mais abertas e flexíveis, que propiciem a efetividade do processo coletivo.

²¹¹ GIDI, Antonio. *Código de Processo Civil Coletivo*. Um modelo para países de direito escrito, elaborado em 2002, e publicado na *Revista de Processo* n.º 111, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

²¹² Instituto Brasileiro de Direito Processual: *Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Janeiro, 2007 (CBPC – IBDP). Elaborado sob a coordenação da Professora Ada Pellegrini Grinover, junto ao Programa de Pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

Nesse aspecto, importante considerar as alternativas traçadas por cada respectivo anteprojeto, no que tange aos pontos considerados como sensíveis, de ampla divergência, quando se trata dessa transição, do ajuste dos institutos às peculiaridades dos interesses transindividuais, que, por serem distintos dos direitos de caráter singular, urgem por uma tutela jurisdicional diferenciada.

O anteprojeto do IBDP, no artigo 13, disciplina a coisa julgada, reproduzindo os teores do Código de Defesa do Consumidor; aduz, no *caput* do referido dispositivo que “a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas.” Nos cinco parágrafos, o artigo elenca as exceções à coisa julgada material *erga omnes*, como, por exemplo, no §5º, o qual prescreve que, mesmo diante da sentença de improcedência, “fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, no prazo de 2 (dois) anos contados do conhecimento geral da descoberta de prova nova.”²¹³

Já a legitimação está esposada no artigo 20, onde os incisos elencam todos os legitimados concorrentes, e as hipóteses em que estão aptos ao manejo da ação coletiva. O inciso I prescreve que possui legitimidade qualquer pessoa física, desde que o juiz reconheça a sua representatividade adequada, demonstrada por alguns critérios declinados nas alíneas “a”, “b” e “c”:

- a – a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado;
- b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos;
- c – sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado.²¹⁴

Os demais legitimados concorrentes são, basicamente, os mesmos já previstos pela lei de Ação Civil Pública, (lei n.º7.347/85 – art.5º), ressaltando os partidos políticos, as associações civis, as entidades sindicais e de fiscalização, desde que preenchidos os requisitos inerentes a cada legitimado.

No anteprojeto encabeçado pelo professor Gidi,²¹⁵ a legitimação encontra-se declinada no artigo 2º, o qual preceitua quatro incisos, dispondo que detém legitimidade, também concorrente, o Ministério Público; a União; os Estados ou

²¹³ Instituto Brasileiro de Direito Processual: *Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Janeiro, 2007 (CBPC – IBDP). Elaborado sob a coordenação da Professora Ada Pellegrini Grinover, junto ao Programa de Pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

²¹⁴ *IBIDEM*, (IBDP).

²¹⁵ GIDI, Antonio. *Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito*, elaborado em 2002, e publicado na Revista de Processo n.º.111, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Províncias; os Municípios e o Distrito Federal; as entidades da Administração Pública e associações sem fins lucrativos. Ressalte-se que, em tal proposta, “o grupo como um todo e os seus membros são partes no processo coletivo, representados em juízo pelo legitimado coletivo.”

Assim, o ponto crucial concernente à legitimidade, no anteprojeto em análise, consiste na representatividade adequada. Inclusive, o autor já escreveu um trabalho intitulado *A Representação Adequada nas Ações Coletivas Brasileiras: Uma Proposta*.²¹⁶ O autor pondera que a posição dominante no Brasil é de ausência de controle da representatividade correta, ressaltando que o juiz brasileiro “não tem os mesmos poderes que o juiz americano para controlar a adequação do representante em uma ação coletiva.”

Ao desfecho do estudo, o autor discorre sobre a proposta para o direito brasileiro, sendo de cunho *lege lata*, isto é, independe de reforma legislativa, que consiste no fato de que o magistrado tem o dever de averiguar a representação adequada, pois, o controle da adequação do representante é um fator constitucional, tendo em vista que “o Código do Consumidor e a Ação Civil Pública se inserem em um contexto maior, que é a Constituição da República.”²¹⁷ A coletividade não pode ficar à mercê de um representante inadequado.

Prossegue o autor, relatando que não existe representante inadequado, se o proponente da ação não é apropriado, então ele é um não representante. “A adequação legítima convalida a atividade do representante,” pois o “poder que tem o representante para tutelar os interesses do grupo deriva do dever de adequadamente representá-los em juízo.”

Quanto ao predicado de imutabilidade da sentença, isto é, com relação à coisa julgada material, o anteprojeto difundido por Gidi²¹⁸ (artigo 18) prescreve que a “coisa julgada coletiva vinculará o grupo e os seus membros, independente do resultado da demanda,” dispondo, nos incisos, as hipóteses excepcionais de vulnerabilidade do julgado, que poderá ser revisto quando for constatada a representatividade inadequada, e perante a insuficiência de provas.

²¹⁶ GIDI, Antonio. *Adequacy of Representation in Brazilian Class Actions: A Proposal*. In UNIVERSITY of HOUSTON Public Law and Legal Theory Series 2007-A-41, p.65.

²¹⁷ *Ibidem*, p.68.

²¹⁸ _____. Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito, elaborado em 2002, e publicado na *Revista de Processo* n°.111, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Por fim, no que concerne à proposta difundida pelo professor Mendes,²¹⁹ as questões sobre a legitimação estão disciplinadas no dispositivo 9º, onde estabelece, em nove incisos, os detentores concorrentes da legitimidade ativa. Em tal anteprojeto, além das entidades já autorizadas pela lei de Ação Civil Pública, assim como prescreve a proposta do IBDP, qualquer pessoa física está habilitada para a defesa dos direitos ou interesses difusos.

A qualidade da coisa julgada encontra-se regulamentada, no anteprojeto das universidades cariocas, no artigo 22, o qual estabelece que a imutabilidade da sentença será *erga omnes*, salvo quando o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas. Nos quatro parágrafos, estão discriminados os efeitos da coisa julgada, estabelecendo que a repercussão da sentença não atinge aos interesses e direitos individuais homogêneos reflexos.

Desta feita, assevera-se que, embora as propostas abordem obstáculos que culminam em severas divergências no âmbito da tutela jurisdicional coletiva, os anteprojeto limitam-se a reproduzir, com algumas acentuações e particularidades, as prescrições já aduzidas pelos diplomas processuais específicos atualmente em vigor (lei n.º7.347/1985 e 8.078/1990). Assim, as alternativas disseminadas, em que pese representarem uma unificação em um mesmo diploma, codificado, o que proporcionará um aplanamento no contato e na interpretação das normas específicas, em uma análise mais aprofundada, pode não consubstanciar a solução para as celeumas suscitadas.

Todavia, tais propostas são frutos de estudos doutrinários e de toda a prática judiciária que culmina nas decisões jurisprudenciais sobre o assunto, sendo, sem sombra de dúvida, alternativas bastante louváveis, dignas de aplausos e considerações a estes estudiosos e operadores do direito, que se dedicam a transformar a tutela jurisdicional coletiva em um verdadeiro instrumento do acesso à Justiça.

Nesse sentido, preceituam Didier Júnior e Zaneti Júnior.²²⁰

²¹⁹ *Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo*, elaborado em conjunto pelos programas de Pós Graduação *Stricto Sensu* da UERJ (Universidade Estadual do Rio de Janeiro) e da UNESA (Universidade Estácio de Sá), encabeçado pelo professor Dr. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes.

²²⁰ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil – processo coletivo – vol. 4.* 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p.62.

A beleza desses diplomas está, para além de sua qualidade técnica notável, no compromisso em todos presente com a melhoria dos instrumentos do direito positivo para a efetivação da tutela coletiva. Tudo em declarada conformidade com os altos ideais que lhe são iminentes: realizar os direitos fundamentais através de uma tutela coletiva que atenda aos anseios de uma sociedade de massa no quadro de um processo civil de interesse público, renovado pela constitucionalização dos direitos e redemocratização do Brasil.

É inegável e inequívoca a contribuição das sugestões desses estudiosos, cada uma com as disposições que entendem ser mais coerentes com as peculiaridades dos interesses transindividuais para a tutela jurisdicional coletiva. Tais trabalhos podem representar uma resposta e postura do Poder Jurisdicional diante das insurgências da sociedade moderna, qualificada como “de massa”.

Além das propostas acima abordadas, deve-se versar, ainda, sobre o texto de “Anteprojeto da Nova Lei de Ação Civil Pública,” concluído pela Comissão Especial, em fevereiro de 2009, com o objetivo de transformá-la, na verdade, em Lei Geral dos Processos Coletivos, “sendo o instrumento central de um Sistema Único de Ações Coletivas, com a proposta de revogação da Lei 7.347/85 e de todas as demais normas pertinentes ao processo coletivo contida no Código de Defesa do Consumidor e nas demais leis esparsas.”²²¹

A proposta da nova lei de Ação Civil Pública menciona o termo tutela coletiva (artigo 2º), o qual abrange os interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais e homogêneos. O dispositivo subsequente (art. 3º) elenca os princípios que regem o processo civil coletivo, ressaltando, nesse momento, o inciso IV, que preceitua a “tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos materiais e morais, individuais e coletivos, bem como punição pelo enriquecimento ilícito.”²²²

A legitimidade para a propositura da ação está prevista, no anteprojeto em análise, no seu artigo 6º, em 7 (sete) incisos, qualificados como legitimados concorrentes, sendo um deles, “a Ordem dos Advogados do Brasil, inclusive as suas seções e subseções” (IV).²²³ Interessante destacar, ainda, o Capítulo V, intitulado “Das Técnicas de Tutela Coletiva,” onde estão disciplinadas as modalidades de

²²¹ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2. ed.rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 201.

²²² Anteprojeto da nova lei de Ação Civil Pública. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2009/msg238-090413.htm. Acessado em 20/06/2011.

²²³ *Ibidem*.

tutela (obrigação de fazer, de não fazer, de entrega coisa, e a hipótese da conversão em perdas e danos).

Quanto ao predicado de imutabilidade da sentença, o anteprojeto da nova lei de ACP preceitua, como regra, a coisa julgada *erga omnes*, independentemente da competência territorial do órgão prolator ou do domicílio dos interessados (artigo 32). Nas disposições seguintes, prescreve a possibilidade do ingresso de nova demanda, “com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.” Preceitua, também, que “os efeitos da coisa julgada coletiva na tutela de direitos individuais homogêneos não prejudicarão os direitos individuais dos integrantes do grupo, categoria ou classe, que poderão propor ações individuais em sua tutela.”²²⁴

Não se pode afirmar a solução mais coerente com tais metas, e, seria audacioso sustentar, com certeza, que a substituição do microsistema atual pelo código específico, concretizaria a almejada efetividade da tutela dos interesses coletivos. O que deve ser considerado como uma premissa universal é a urgência de uma regulamentação mais efetiva dos direitos ora em análise, os quais foram oriundos de uma trajetória histórica, balizados pelo seu caráter de fundamental que, uma vez concretizados, propiciam o alcance de um direito ainda mais abrangente: o acesso à Justiça.

Como promulga Vigiar,²²⁵ “todas as respostas doutrinárias e jurisprudenciais, contudo, partem – e devem mesmo partir – de um pressuposto que aponta para a inexorável necessidade de se proporcionar a admissão desses conflitos à justiça, solucionando-os de forma satisfatória.”

Assim, mesmo diante da incerteza da proposta mais apta a transpor os obstáculos que permeiam a tutela coletiva, é de convicção unânime que a melhor alternativa será aquela que, com mais ênfase, transformará o processo coletivo em um instrumento amplo e efetivo de acesso à Justiça.

IV.4 A ANÁLISE DOS INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS À LUZ DA CONCEPÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA NORMATIVISTA, PROPOSTA POR KELSEN

²²⁴ Anteprojeto da nova lei de Ação Civil Pública. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2009/msg238-090413.htm. Acessado em 20/06/2011.

²²⁵ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 28.

Após o exame dos anteprojetos, cuja contribuição para o direito processual coletivo é inegável, em sede de análise das propostas formuladas pela doutrina, no que tange aos óbices no âmbito da tutela jurisdicional coletiva, faz-se necessário examinar um outro estudo, que proporciona soluções substanciais.

Trata-se de uma alternativa cujo cerne consiste em abordar os institutos processuais problemáticos, no âmbito da tutela jurisdicional coletiva, inserido em uma ótica de relação jurídica de direito material distinta da que comumente é disseminada, mas que fora difundida há muito tempo por Hans Kelsen. Tal concepção foi proposta, em artigo específico de Bellinetti, intitulado “Ações Coletivas - Um Tema a Ser Ainda Enfrentado na Reforma do Processo Civil Brasileiro – A Relação Jurídica e as Condições da Ação nos Interesses Coletivos.”²²⁶

Para compreender a aludida proposta de saneamento das divergências impingidas, nesse ajuste entre institutos processuais, às peculiaridades dos interesses coletivos, o que é de salutar relevância para uma efetiva tutela jurisdicional transindividual, é imprescindível focar no que consiste e qual a estrutura da relação jurídica que o trabalho difundido por Bellinetti entende que melhor se coaduna à estrutura do processo coletivo.

Assim, é necessário imergir, nos postulados de Hans Kelsen, que induziram a sua estrutura de relação jurídica normativista. O tradutor²²⁷ de uma de suas obras, a título de intróito, explica como a norma deve ser concebida na visão do autor, estando intrinsecamente relacionada com o dever ser, “sua expressão lingüística é um imperativo ou uma proposição do dever ser.” A norma jurídica ordena, prescreve o dever ser.

A norma jurídica tem estrutura de comando, pois emana do ente estatal, destinada à regulamentação da conduta nela enfocada, como forma de disciplinar a sociedade, os jurisdicionados. Trata-se, assim, da “teoria imperativista da norma jurídica,” a qual possui íntima relação com a “concepção legalista - estatal do direito”, ou seja, o Estado é a única fonte do direito, sendo “a lei a única expressão do poder normativo do Estado.”²²⁸

²²⁶ BELLINETTI, Luiz Fernando. Ações Coletivas - Um Tema a ser ainda Enfrentado na Reforma do Processo Civil Brasileiro – A Relação Jurídica e as Condições da Ação nos Interesses Coletivos. *Revista de Processo* n.º98, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

²²⁷ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 02.

²²⁸ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Marcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995, p.181.

Bobbio, em outra obra, explica o sentido da expressão “imperativo,” que significa uma proposição destinada a determinar o comportamento alheio. Questão intrínseca ao caráter imperativo consiste em definir a quem é destinada a regulamentação prescrita na norma jurídica, ou melhor, quem é o sujeito passivo da norma. Segundo o entendimento de Ihering, citado por Bobbio,²²⁹ a ordem, a coação era dirigida “aos órgãos judiciários e em geral, a todos os órgãos do Estado encarregados de fazer valer a força.” De acordo com a concepção de Kelsen, abordada pelo mesmo autor, a norma é composta por duas estruturas; a primária, dirigida ao jurisdicionado, e a secundária, destinada aos órgãos estatais.

Assim, a norma jurídica tem como destinatário o sujeito, isto é, a proposição contida na norma e a sanção pelo não cumprimento é direcionada ao sujeito de direito, que deve respeitar a conduta proposta para a convivência em sociedade. Nos dizeres de Vilanova,²³⁰ a norma jurídica incide, de forma não direta, no “sujeito de direito e conduta sua (ação/omissão). E há, sim, incidência imediata da norma no dado, que é o homem.” O sistema jurídico não é composto pelo homem, em sua individualidade, mas sim, pela sua conduta, “por uma porção normativamente recortada de sua personalidade.”

Essas considerações acerca do caráter imperativo da norma remetem à bilateralidade do ordenamento jurídico, e, por via de consequência, a estrutura da relação jurídica, ponto sobre o qual se pretende chegar. Como já enfatizado, o Direito é composto pela interação de três elementos (fato, valor e norma), sendo que a norma vincula o indivíduo à prática de determinada conduta humana, tendo como consectário a realização de certo valor.

O ordenamento jurídico dissemina a relação jurídica de direito material composta pelos sujeitos. A relação jurídica, na perspectiva tradicional, é o liame que vincula o detentor do direito e aquele possuidor da obrigação, do dever, é integralizada pelos sujeitos em face de um mesmo objeto. Nesse aspecto, preconiza Bobbio²³¹ que a relação jurídica é caracterizada como intersubjetiva, com consideração normativa, já que o direito e o dever que vinculam os sujeitos estão previstos na norma.

²²⁹ _____. *Teoria da norma jurídica*. Tradução Fernando Pavan Baptista e Alaôr Café Alves. 2. ed. Bauru: Edipro, 2003, p. 120/122.

²³⁰ VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 171.

²³¹ BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. Tradução Fernando Pavan Baptista e Alaôr Café Alves. 2. ed. Bauru: Edipro, 2003, p. 42.

Uma relação jurídica, como foi visto, é uma relação entre dois sujeitos, dentre os quais um deles, o sujeito ativo, é titular de um direito, o outro, o sujeito passivo, é titular de um dever e obrigação. A relação jurídica é, em outras palavras, uma relação direito-dever. A relação jurídica, enquanto direito-dever, remete sempre a duas regras de conduta, dentre as quais a primeira atribui um poder, a outra atribui um dever.

A ideia de relação jurídica centralizada no direito-dever que vincula os sujeitos também é difundida por Vilanova,²³² ao afirmar que “nas relações jurídicas em sentido restringido, encontra-se a contraposição direitos subjetivos/obrigações.” Essa perspectiva de relação jurídica é distinta da noção idealizada por Kelsen (1881-1973)²³³ que, em capítulo específico à sua concepção de relação jurídica, ressaltou que “se a concebermos como uma relação entre dois indivíduos, a definição tradicional e demasiado estreita.” E prosseguiu.

Com efeito, a ordem jurídica institui relações não apenas entre sujeitos jurídicos, (no sentido tradicional da palavra), isto é, entre o indivíduo que é obrigado a uma determinada conduta e o indivíduo em face do qual aquele é obrigado a tal conduta, mas também entre o indivíduo que tem competência para a criação de uma norma e o indivíduo que tem competência para aplicação dessa norma, bem como entre o indivíduo que tem competência para a criação ou aplicação de uma norma e o indivíduo a quem essa norma impõe um dever ou confere um direito.

Kelsen rechaça a ideia tradicional, e explica porque a definição de relação jurídica não pode se centralizar no vínculo entre os sujeitos. Para o autor, o conteúdo das normas jurídicas não é formado pelas pessoas ou pelos indivíduos, mas sim, por suas condutas, ações ou omissões, de maneira que essa ideia de norma tem efeito na definição de relação jurídica, “não como relação entre o sujeito do dever e o sujeito do direito, mas como relação entre um dever jurídico e o direito reflexo que lhe corresponde.”²³⁴

Assim, a ideia de relação jurídica difundida por Kelsen consiste em uma conexão entre o ordenamento jurídico e o indivíduo (ordenado), que são os destinatários das normas jurídicas, isto é, as normas prescrevem e tipificam as

²³² VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 241.

²³³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p.183.

²³⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 185.

condutas para a convivência em sociedade, e diante da inobservância desse imperativo, a correspondente sanção, tudo direcionado ao ser humano.

Kelsen define a relação como decorrência do dever-ser imposto pela norma. A relação jurídica é estabelecida entre a norma jurídica, que impõe o dever ser e o sujeito do direito. Quando esse indivíduo não observa a condição jurídica imposta pela norma, nasce a consequência jurídica (ou consequência antijurídica), que são entrelaçados por meio da imputação.

O autor²³⁵deixa bem clara a sua concepção de relação jurídica transcendental, quando explica que o infrator é punido ou coagido por causa da prescrição contida na norma, e não em virtude do sujeito, detentor do direito.

A consequência jurídica (antijurídica) será atribuída à condição jurídica. Este é o sentido do enunciado: alguém é punido “por causa” de um delito, a execução ao patrimônio de alguém é “por causa” da falta de pagamento da dívida.

Pautado nos estudos de Kelsen, Bellinetti,²³⁶em artigo já mencionado, ressalta que, quando se trata de tutela dos interesses transindividuais, “a idéia de que a relação jurídica ocorre entre pessoas, devendo ter um sujeito ativo (titular do direito) e um sujeito passivo (titular de um dever), perde sentido.” Para o autor, a concepção de relação jurídica que melhor se coaduna com os interesses coletivos é a constituída entre “o ordenamento jurídico e o indivíduo, cuja conduta as normas desse ordenamento regulam.”

O autor não pretende suprimir a visão tradicional de relação jurídica, pois ambas as perspectivas podem conviver, utilizando cada uma de acordo com as diversas finalidades: tutelar, individualmente os direitos subjetivos, com a ideia de relação jurídica clássica, e preservar e proteger os interesses da coletividade, com a perspectiva de relação caracterizada pela imposição de um dever jurídico entre o ordenamento e o jurisdicionado.

²³⁵ _____. *Teoria pura do direito*: introdução à problemática científica do direito. Tradução de J. Cretella Jr., Agnes Cretella. 3ª ed.rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 67.

²³⁶ BELLINETTI, Luiz Fernando. Ações Coletivas - Um Tema a ser ainda Enfrentado na Reforma do Processo Civil Brasileiro – A Relação Jurídica e as Condições da Ação nos Interesses Coletivos. Revista de Processo n.º98, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 128 e 126.

Para o autor,²³⁷ no âmbito da tutela coletiva, as normas não devem ser dirigidas aos sujeitos, mas sim a “preservar determinados bens ou valores que interessam a um grupo (determinado ou indeterminado) de pessoas, estatuidando o dever jurídico de respeito a esses bens ou valores.”

Essa vertente de relação jurídica, no campo dos interesses transindividuais, sanaria determinadas divergências existentes, no exame de alguns institutos do processo coletivo, como, por exemplo, as questões sobre os limites subjetivos da coisa julgada, pois, neste caso, o processo não engloba apenas um sujeito em cada polo, mas sim, uma coletividade indeterminada ou determinável de partes; bem como a questão da titularidade dos direitos e a legitimidade ativa.

A cominação do dever jurídico pelo ordenamento jurídico acarretaria em uma perspectiva distinta dos conceitos de titularidade e legitimidade. Como afirma o pioneiro,²³⁸ na difusão dessa tese, no âmbito dos interesses transindividuais, “titular é quem pode exigir o cumprimento do dever jurídico,” ao passo que a legitimidade, a qual é decorrente do ordenamento jurídico (imposição de um dever), é “o poder conferido pelo ordenamento jurídico para influir na criação ou aplicação da norma (ativa), ou para sujeitar-se ao poder jurídico nela estatuído (passiva).”

Nessa esteira, o dissenso concernente à legitimidade ativa, nas ações coletivas, (legitimidade extraordinária ou mesmo substituição processual) resta sanado, pois, em análise à estrutura da relação jurídica, propagada inicialmente por Kelsen, e resgatada por Bellinetti, a qual se entende mais adequada aos direitos transindividuais, os detentores da legitimidade (uma das condições da ação) serão aqueles previstos pela norma para o implemento da obrigação jurídica (passiva), ou para participarem da incidência da norma (ativa).

Isso porque, a legitimidade, no âmbito dos interesses transindividuais, não será definida por meio da relação jurídica, vislumbrada com um sujeito ativo e sujeito passivo em torno de determinada obrigação (ou dever). No caso da tutela coletiva, por intermédio da relação jurídica em análise, a legitimidade ativa, ou mesmo passiva, será decorrente do próprio ordenamento, isto é, a relação será

²³⁷ BELLINETTI, Luiz Fernando. Ações Coletivas - Um Tema a ser ainda Enfrentado na Reforma do Processo Civil Brasileiro – A Relação Jurídica e as Condições da Ação nos Interesses Coletivos. *Revista de Processo* n.º98, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 125.

²³⁸ *Ibidem*, p. 129.

caracterizada pelo “ordenamento impondo o dever jurídico de respeito a determinados interesses do grupo social.”²³⁹

Desta feita, não há o que se falar em legitimidade extraordinária ou substituição processual. Através da incidência da concepção de relação jurídica ora abordada, no âmbito da tutela coletiva, denota-se que terão legitimidade ativa aqueles os quais o ordenamento confere poder para promover a criação ou subsunção da norma, ao passo que a legitimidade passiva se traduz na sujeição ao dever jurídico prelecionado pela norma. Assim, a legitimidade ativa será sempre ordinária.

Quanto aos limites subjetivos da coisa julgada material, sobre a qual recaem dissensos no que tange à sua abrangência ou alcance, pois o Código de Processo civil prescreve que “a sentença faz coisa julgada entre as partes as quais é dada,” (artigo 472), ao passo que o diploma do consumidor (8.078/1990 – artigo 103 e incisos) imputa o efeito *erga omnes* como regra, com a subsunção da perspectiva de relação jurídica proposta por Kelsen, celebrada entre ordenamento e indivíduo, tal controvérsia restaria aplainada.

Utilizando o mesmo raciocínio, os atingidos pela imutabilidade da sentença, ou seja, os efeitos subjetivos da coisa julgada se estendem a quem é imputado o dever jurídico, imposto pela norma, ou seja, o réu da ação. Por conseguinte, se o sujeito passivo da relação jurídica processual tornou-se, definitivamente, vinculado ao comando sentencial, por força da autoridade da coisa julgada material, há um lógico impedimento que ele volte a discutir a mesma matéria em outro feito. O efeito natural da sentença, portanto, será o benefício que todos os titulares daquele mesmo interesse em juízo terão com a sentença proferida.

Assim, por meio da incidência da estrutura da relação jurídica normativista proposta por Kelsen, não há o que se falar em um regime jurídico específico ou mesmo peculiaridades, na coisa julgada, como qualidade das sentenças proferidas nas ações coletivas. Esse parece também ser o entendimento de Talamini²⁴⁰

²³⁹ BELLINETTI, Luiz Fernando. Ações Coletivas - Um Tema a ser ainda Enfrentado na Reforma do Processo Civil Brasileiro – A Relação Jurídica e as Condições da Ação nos Interesses Coletivos. *Revista de Processo* n.º 98, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 128.

²⁴⁰ TALAMINI, Eduardo. *Partes, Terceiros e Coisa Julgada* (os limites subjetivos da coisa julgada). Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins. São Paulo: RT, 2004.

O fundamental é que o réu da ação coletiva em questão não se possa subtrair da autoridade da coisa julgada da sentença de procedência, inclusive quando demandado subseqüentemente pelo legitimado individual. Mas para se assegurar tal resultado, basta o regime normal da coisa julgada: o réu da ação coletiva foi parte naquele processo; portanto, mesmo pelos parâmetros tradicionais, já está adstrito à coisa julgada lá formada, ainda quando ela seja invocada pelo legitimado individual que não participou do processo coletivo.

Desta feita, os pontos controvertidos, no que tange aos institutos da legitimidade, a qual é de impar relevância, tendo em vista que se trata de uma das condições da ação, bem como o da coisa julgada, estariam superados, com a subsunção da perspectiva de relação jurídica proposta por Kelsen, uma vez que tais premissas não ensejaria uma nova postura, ou um regime particularizado. A estrutura da relação jurídica formalizada entre o ordenamento e o indivíduo particularizaria a legitimidade e os efeitos da coisa julgada, de acordo com o indicado pela norma.

IV.5 A CODIFICAÇÃO COMO PROPOSTA À TUTELA JURISDICIONAL COLETIVA

Diante da amplitude de todas as propostas acima comentadas, apontar a alternativa que seria a solução mais viável a ser adotada pelo ordenamento jurídico, como resposta às insurgências dos jurisdicionados, que clamam por uma tutela jurisdicional efetiva, isto é, apta a sanar as lides e controvérsias que norteiam os interesses transindividuais, revela-se uma árdua tarefa.

Pode-se sustentar, com exatidão, que a disciplina a ser perfilhada pelo ordenamento, é aquela apta a transcender os óbices existentes e promover ao detentor de um interesse coletivo o seu direito, de forma célere e efetiva, consubstanciando, assim, um verdadeiro acesso à Justiça, premissa tecida como fundamento e respaldo por todas as propostas de codificação, além dos demais princípios como economia processual, efetividade, dentre outros.

Há quem defenda, como Vigliar,²⁴¹ que “a legislação existente hoje é absolutamente eficaz para a concessão de uma tutela jurisdicional coletiva.” O referido autor preceitua que os objetivos do processo coletivo não diferem do individual, antes mostram-se “mais evidentes,” os quais podem ser concretizados e a tutela pode ser alcançada. A tutela jurisdicional pleiteada para os interesses

²⁴¹ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 43.

transindividuais será “uma tutela superdimensionada,” porque abrange um número considerável de indivíduos, algumas vezes, não dimensionáveis.

Exatamente por essas características argumentadas pelo autor, as quais atribuem à tutela jurisdicional coletiva a prerrogativa de “superdimensionada,” que os interesses transindividuais pugnam por um sistema processual adequado às suas peculiaridades e contornos diferenciados, ajuste que pode ser melhor vislumbrado com a concentração das regras coletivas em um mesmo complexo.

Assim, resta latente que os interesses transindividuais reivindicam uma postura que esteja mais apropriada aos seus contornos e ramificações, que diferem dos direitos de caráter singular e que, por isso, não podem ser regulamentados pelas mesmas disposições, ou seja, serem tutelados com os idênticos mecanismos processuais.

O magistrado, ao entregar a prestação jurisdicional que desativou a sua inércia, deve formular a norma jurídica específica ao caso concreto, isto é, prolatar a sentença, atentando não apenas à conjuntura processual, mas também ao direito material enredado. É o que preceitua Marinoni²⁴²

Como o juiz deve dar sentido ao caso diante da lei, da realidade social e da Constituição, ele obviamente não pode formular a norma jurídica do caso concreto *olhando apenas para a Constituição*. Para a prestação da tutela jurisdicional é imprescindível a consideração das *necessidades do direito material* (grifos do autor).

A tutela dos interesses transindividuais requer um abandono aos preceitos formalistas e individualistas, que permeiam o presente diploma processual civil. O modelo procedimental, em vigor, em alguns aspectos, além de não atender às necessidades dos interesses transindividuais, para observar algumas exigências formais no seu transcurso, pode preterir o trâmite investigatório e até mesmo a subsunção dos preceitos pertinentes.

A ruptura com o vigente sistema processual civil, talvez, não seria o termo mais ajustado à solução que ora se propõe. O aparato processual civil, em que pese concentrar uma série de alterações, desde a sua promulgação, em 1973, considerando, ainda, a sua dimensão constitucional, ou seja, os princípios processuais previstos pela Lei Maior, não será suprimido em virtude dos interesses

²⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.114.

transindividuais. Não se trata de uma superação de modelos, mas a busca da conjuntura que melhor se coadune com os contornos diferenciados que revestem os interesses coletivos.

Assim, parece que a promulgação de um Código de Processo Coletivo é uma medida de extrema urgência, que se impõe como forma de consubstanciar uma tutela jurisdicional coletiva efetiva, pacificando, com Justiça, as lides que versam sobre os interesses transindividuais, proporcionando, assim, uma verdadeira tutela jurisdicional coletiva. Todavia, esse diploma processual deve estar acompanhado de um “processo de revisão crítica” a fim de “coibir exageros e assim não só preservar dos descréditos, mas valorizar e aperfeiçoar esses importantes avanços no campo processual.”²⁴³

Essa revisão crítica concentra-se, no entendimento do autor, no fato de que os interesses individuais homogêneos e interesses transindividuais requerem mecanismos distintos para a sua tutela, isto é, há diferenças entre os mecanismos processuais para a defesa dos interesses coletivos e instrumentos para a tutela coletiva de direitos. Na visão deste trabalho, contudo, essa reserva crítica consiste no posicionamento de que não é a simples codificação que estará apta a sanar as divergências existentes, mas sim, um código que, verdadeiramente, encare os dissensos com relação à incidência dos institutos processuais singulares na seara coletiva, e que se desprenda, sem preterir, do sistema processual civil individual.

O que os interesses transindividuais reivindicam não é a simples codificação, mas um diploma concentrado que atenda as suas peculiaridades, ou, ao menos, esteja disposto a enfrentar os questionamentos estranhos aos processos individuais. Reproduzindo os dizeres de Leal, em excerto na obra direcionada aos direitos coletivos, “pode-se dizer que, não há só um novo processo, há uma nova processualística.” Adiante, explica que “essa nova área exige, por sua vez, um judiciário e uma dogmática compatíveis com essa tomada de posição de contornos políticos sensíveis.”²⁴⁴

²⁴³ ZAVASCKI, Teori Albino. Reforma do Processo Coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para os direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e anteprojeto de código brasileiro de processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.33.

²⁴⁴ LEAL, Marcio Flavio Mafra. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo – Aspectos políticos, econômicos jurídicos. GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e anteprojeto de código brasileiro de processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.66.

Marinoni enfatiza que a tutela dos interesses transindividuais precisa estar atrelada à compreensão de jurisdição, deve não apenas imputar a “existência de tais direitos e de técnicas processuais voltadas à sua tutela,” mas também, “importa identificar a razão de ser da idealização desses novos modelos processuais dirigidos à tutela jurisdicional.”²⁴⁵

Ao refletir sobre as propostas de codificação do sistema processual coletivo, deve-se ponderar acerca da instrumentalidade do processo, ou seja, se remeter aos escopos processuais, destacando todas “as preocupações modernas para a efetividade do processo (acesso à justiça).” Nessa concepção, Dinamarco²⁴⁶ tece os seguintes questionamentos.

Quais contribuições úteis pode o novo pensamento processual trazer para o aperfeiçoamento do sistema? Quais conclusões podem ser tiradas para encaminhar o processo civil no rumo do cumprimento mais estrito, sem resíduos ou desvios, da sagrada missão de trazer à sociedade como um todo e aos seus membros em particular um clima de paz e tranquilidade?

Conclui o autor, afirmando que, na resposta a essas indagações, estará, provavelmente, a “justificativa de todo o esforço sistemático dos processualistas da atualidade.” Indica, como um dos pontos merecedores de cautela, “a propagação da tutela coletiva e abrangente, mais a extensão da eficácia destes.”²⁴⁷

Assim, o aparato coletivo direcionado a tutelar os interesses transindividuais deve estar atrelado a toda magnitude que envolve o tema jurisdição e instrumentalidade do processo. A disciplina da tutela coletiva deve ter como supedâneo a noção de que os instrumentos coletivos precisam ser aptos a efetivar e a afirmar os direitos fundamentais que postulem prestações sociais ou mesmo, “adequada proteção, - inclusive contra os particulares (direito ambiental etc.) -, mas, além disso tudo, constituem condutos vocacionados a permitir ao povo reivindicar o seus direitos fundamentais materiais.”²⁴⁸

As propostas de codificação possuem disposições coerentes com os interesses transindividuais. O artigo 5º do anteprojeto, endossado pelo IBDP, por exemplo, menciona que “a causa de pedir e o pedido serão interpretados

²⁴⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.115.

²⁴⁶ DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed.rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p.362.

²⁴⁷ DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed.rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 363.

²⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.115.

extensivamente, em conformidade com o bem jurídico a ser protegido.” É isso que os interesses coletivos postulam, uma interpretação conforme as suas peculiaridades, um processo e um procedimento, com regras e disposições que vislumbrem as suas especificações. Assim, por óbvio, esses contornos diferenciados pugnam por um direito processual civil coletivo.

Outro aspecto presente nos anteprojetos, o qual se revela coerente com as peculiaridades dos interesses transindividuais, é a ação coletiva passiva. O artigo 38, da proposta trazida pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, preceitua que “qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada, mesmo sem personalidade jurídica, desde que apresente representatividade adequada.”²⁴⁹ O anteprojeto carioca, no art. 42, enfoca a ação contra o grupo, categoria ou classe, sendo que qualquer “espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do parágrafo 1º do artigo 8º.”²⁵⁰

No que tange à ação coletiva passiva, de origem norte-americana, a ser inaugurada no ordenamento pátrio pelos anteprojetos, como um progresso para a disciplina dos interesses transindividuais, acentuou a autora de um artigo publicado na Academia Brasileira de Direito Processual.²⁵¹

Com a entrada em vigor deste mecanismo processual, por certo uma gama de conflitos difusos e coletivos terá resposta razoável e adequada, condizente com a natureza do bem jurídico tutelado em causa, visto que prestigia hipótese presente no mundo dos fatos, mas carente de proteção jurídica.

Assim, a codificação deve aprimorar e modernizar os diplomas materiais e processuais que tratam dos interesses coletivos como um todo, além de, repisa-se, sanar todas as divergências reinantes, inclusive o já citado dissenso da Ação Civil Pública ser considerada como um instrumento de controle difuso de

²⁴⁹ Instituto Brasileiro de Direito Processual: *Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Janeiro, 2007 (CBPC – IBDP). Elaborado sob a coordenação da Professora Ada Pellegrini Grinover, junto ao Programa de Pós Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

²⁵⁰ *Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo*, elaborado em conjunto pelos programas de Pós Graduação *Stricto Sensu* da UERJ (Universidade Estadual do Rio de Janeiro) e da UNESA (Universidade Estácio de Sá), encabeçado pelo Professor Dr. Aluisio Gonçalves de Castro Mendes.

²⁵¹ VEDOVA, Bianca da Rocha. *Breves aspectos acerca da ação coletiva passiva originária*. In <http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Bianca%20Vedova.pdf>. Acessado em 16/05/2011.

constitucionalidade, além dos demais “pontos nervosos,”²⁵² sensíveis da tutela coletiva: limites subjetivos da coisa julgada material e legitimidade ativa.

Santos,²⁵³ em artigo, no qual inicia relatando a sua experiência enquanto juiz titular da Vara de Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, explana o seguinte entendimento.

O Anteprojeto, a meu ver, pode representar linha de seguimento progressista do direito para uns – aqueles mais apegados à ortodoxia positivista; mas, para outros, a resposta adequada aos anseios de efetivação dos direitos de solidariedade, ciclo justo dos novos direitos reconhecidos como os de terceira geração, cujo resultado final redundará na verdadeira efetividade da prestação jurisdicional.

Dessa forma, a proposta a ser perfilhada pelo ordenamento jurídico é aquela que melhor atende às premissas norteadoras de todo o movimento de codificação da tutela dos interesses transindividuais, e que esteja apta a transcender os dissensos que obstam a sua efetividade. Nesse sentido, é de salutar relevância a alternativa apresentada pelo professor Bellinetti, no que concerne à perspectiva da relação jurídica formada entre o ordenamento e o indivíduo, que estabelece o dever-ser direcionado ao sujeito, a qual aplainaria os questionamentos quanto aos institutos legitimidade ativa e coisa julgada.

Repisa-se que todas as propostas acima abordadas são significativas, pois representam uma postura atuante do ordenamento, face à existência de interesses de ampla repercussão, que, por meio do direito constitucional e processual de ação, clamam do Judiciário um desempenho apto a sanar as controvérsias de cunho coletivo.

²⁵² FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. Pontos Nervosos da Tutela Coletiva: Legitimação, competência e coisa Julgada. MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin: 2005.

²⁵³ SANTOS, Dorival Moreira. Anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Civil Coletivo: inovações na prática processual em busca da efetividade. GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e anteprojeto de código brasileiro de processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.40.

CONCLUSÃO

O Direito, sendo um complexo de normas, princípios, com elementos sociológicos, axiológicos e filosóficos; um fenômeno jurídico que se manifesta na sociedade, direcionado a dirimir as condutas nela existente, bem como a solucionar as controvérsias oriundas da não observância dessa conjuntura de quaisquer postulados que disciplinam a conduta humana, não é uma conjuntura estática, mas sim um fenômeno suscetível de mudanças e transformações, para que possa, efetivamente, regulamentar as mais distintas circunstâncias que dissolvam a inércia do Judiciário e postulem de tal Poder uma concreta prestação jurisdicional.

A sociedade contemporânea é abalizada por um fenômeno que norteia o mundo como um todo, denominado globalização, que implica em uma nova forma de vislumbrar a soberania estatal, vez que tal acontecimento provoca uma unificação, uma quebra de barreira (obstáculo) a fim de implantar um acesso mais amplo aos produtos, serviços e informações que são disseminados em determinado país. A globalização provoca uma nova perspectiva, e, segundo Ferrajoli.²⁵⁴

Faltam, ou são de todo débeis, não somente as garantias dos direitos solenemente proclamados, ou seja, a previsão de proibições e obrigações a eles correspondentes, mas também as instituições internacionais dedicadas às funções de garantia, quer dizer, à salvaguarda da paz, à mediação dos conflitos, à regulação do mercado e à tutela dos direitos e dos bens fundamentais de todos.

Assim, diante dessa nova conjuntura que altera os hábitos, as relações humanas em sociedade, por óbvio que o Direito deve se amoldar, no sentido de acompanhar todas essas substanciais modificações, ressaltando como uma dessas mudanças, os interesses transindividuais, que são conceituados pelos autores, como, por exemplo, Marinoni e Arenhart,²⁵⁵ como os que “podem ser lesados em face dos conflitos próprios da sociedade de massa.”

Nesse sentido, com o surgimento de uma nova categoria de interesses, que transcendem a esfera do singular, o Direito, como um todo, deve se adaptar, no sentido que munir o Poder Judiciário de ferramentas e mecanismos para que possa prestar uma efetiva tutela jurisdicional. Isso porque, o atual Código de Processo

²⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Democracia sem Estado?* Disponível em <http://elve.cenci.zip.net/>

²⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo do conhecimento*. 5. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 719.

Civil, promulgado, no ano de 1973, é dotado de características individualistas, que não se coadunam com os contornos e ramificações dos interesses transindividuais.

Assim, diante dos traços individualistas reinantes no Código de Processo Civil, ao utilizar os institutos por ele regulamentados a fim de disciplinar os interesses transindividuais, remanescem alguns dissensos, pois as peculiaridades dos direitos coletivos não se amoldam aos preceitos presentes nesses dispositivos, apto a disciplinar as prerrogativas individuais.

A coisa julgada material e a legitimidade ativa são pontos considerados como sensíveis, no âmbito da tutela jurisdicional coletiva, uma vez que tais institutos são disciplinados pelo diploma processual civil relacionados aos detentores e titulares do direito, conforme se infere dos dispositivos que preceituam o assunto (art. 6²⁵⁶ e 472²⁵⁷ do CPC). Assim, diante dessa forma de regulamentação, ressaltando que a principal característica dos interesses transindividuais é a ampla gama de sujeitos envolvidos, algumas vezes não dimensionáveis, despontam imprecisões e questionamentos, na ordem coletiva.

Os interesses transindividuais dispõem, atualmente, de algumas leis esparsas, específicas de instrumentos coletivos, que integram o denominado microssistema, em que se destaca a lei n.º 7.357/1985 e o diploma n.º 8.078/1990, que forma um todo integrado, pois o artigo 90 do código consumerista prescreve que as regras concernentes à Ação Civil Pública e ao Código de Processo Civil sejam aplicadas às ações intentadas com supedâneo nessa lei.

Trata-se de um complexo inserido, no âmbito de um sistema maior, qual seja, o aparato processual civil como um todo, onde o Código de Processo não é preterido, mas possui uma aplicação subsidiária naquilo que for pertinente. Todavia, diante dos dissensos e controvérsias no que concerne à tutela jurisdicional coletiva, esse subsistema não se encontra apto a consubstanciar a efetividade do processo coletivo.

A partir do momento em que o Judiciário é acionado, quando um conflito postula uma entrega de prestação jurisdicional, ou seja, uma solução do litígio em detrimento da vontade das partes envolvidas, aplicando os preceitos de Justiça, quando um direito material precisa ser efetivado, tal Poder deve, em atenção aos

²⁵⁶ Art. 6: Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

²⁵⁷ Art. 472: A sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

preceitos de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV), do direito de ação, efetuar a entrega da prestação jurisdicional. Para tanto, é necessário todo um aparato normativo e principiológico, no qual o operador do direito possa se estruturar.

Atentando a todas essas disparidades, o Direito, em sua magnitude, vem buscando soluções, no sentido de proporcionar aos interesses transindividuais uma ampla efetividade, otimizando a sua tutela. Assim, surgem as propostas de codificação, ou seja, a inserção dos dispositivos em um mesmo complexo.

A tutela jurisdicional transindividual dispõe de três propostas; todas preceituam a solução dos conflitos coletivos por meio de um código, no qual estarão concentrados todos os dispositivos e regra peculiares a essa modalidade de tutela: há o anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivo do Instituto Brasileiro de Direito Processual, a alternativa encabeçada pelo professor Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, elaborado em conjunto pelos programas de Pós Graduação *Stricto Sensu* da UERJ (Universidade Estadual do Rio de Janeiro) e da UNESA (Universidade Estácio de Sá), além do anteprojeto do professor Antonio Gidi, publicado na Revista de Processo n.º111, no ano de 2003, (Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito).

Todas as alternativas proclamam, como justificativa para a promulgação de um código específico aos interesses coletivos, na exposição de motivos, a necessidade de consolidar um processo coletivo eficaz, diante da relevância dos direitos que são por ele tutelados. Trata-se de um ponto pacífico em todas as propostas, as quais disciplinam como objeto da tutela coletiva, os interesses coletivos.

Os pontos denominados por esse trabalho como sensíveis, na seara da tutela jurisdicional coletiva, também são abordados pelas propostas acima aludidas: com relação à legitimidade ativa, os anteprojetos reproduzem os mesmos termos já previstos pela lei n.º 7.347/1995, com algumas especificações nesse rol. A proposta do IBDP elenca os legitimados, no artigo 20, atribuindo legitimação a qualquer pessoa física desde que cumpridos os requisitos declinados. O anteprojeto do professor Gidi disciplina a legitimidade em torno do quesito “representação adequada.” Por fim, na alternativa encabeçada pelo professor Mendes, há nove incisos, no artigo 9º, onde preleciona os legitimados, incluindo, também, qualquer pessoa física.

Os limites subjetivos da coisa julgada também se encontram disciplinados nas propostas em análise. A disposição prevalece, basicamente, a mesma, prevista na lei de Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor: a sentença, via de regra, fará coisa julgada material *erga omnes*, salvo em algumas hipóteses. A alternativa defendida pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual (artigo 13) prescreve o alcance extensivo da qualidade da sentença, e nos parágrafos elencados, as exceções que permite a nova propositura da ação. O mesmo ocorre, no anteprojeto encabeçado pelo professor Gidi (artigo 18), onde proclama a vinculação do grupo e seus membros ao julgado, independente do resultado da demanda, e nos incisos, dispõe as situações excepcionais de vulnerabilidade da sentença.

O panorama acima demonstra as hipóteses de disciplina da tutela dos interesses transindividuais, especificamente, dos itens que suscitam divergências no que concerne à sua subsunção nesse campo. São propostas louváveis, frutos da dedicação e de pesquisas de estudiosos renomados, que representam a preocupação dos operadores do Direito quanto ao imperativo de concretizar a efetividade processual, o acesso à Justiça, também, no âmbito da tutela jurisdicional coletiva, despontando, ainda mais, o caráter instrumental do processo.

É indiscutível a preponderância de alguns princípios constitucionais e processuais, nos estudos direcionados à tutela jurisdicional coletiva, face à integração entre a Lei da República não só com o direito processual civil, mas com todos os demais ramos do Direito, pois como já enfatizado, o ordenamento jurídico é constituído por diversos compartimentos específicos, os quais se interagem e convergem, em consonância com a Constituição Federal, em busca da concretização de valores essenciais e meritórios, que fundamentam todo o complexo jurídico.

O princípio do acesso à Justiça, da efetividade processual, da economia processual são os grandes alicerces e substratos dos estudos direcionados a viabilizar a tutela jurisdicional coletiva. São preceitos consagrados em sede de Constituição da República, que norteiam todo o sistema processual, sendo, inclusive, os elementos percussores das reformas processuais, como a que modificou, substancialmente, o atual Código de Processo Civil, com a edição das leis n.º 11.232/2005 (agilizou a tutela satisfativa), 11.276/2006 (restringiu a possibilidade de agravo de instrumento), 11.419/2006 (informatização do processo judicial), e lei

n.º11.441/2007 (alguns procedimentos de jurisdição voluntária permitidos pela via administrativa).

São diplomas legais, cujo objetivo é consubstanciar a celeridade processual (art. 5º, LXXVIII²⁵⁸), o que é um corolário do acesso à Justiça e da efetividade da prestação jurisdicional. A concretização de tais preceitos é alcançada de uma forma mais ostensiva, no âmbito da tutela coletiva, pelas características dos interesses por ela abarcados: uma ampla gama de sujeitos. Assim, ao entregar a prestação jurisdicional em um processo cujo objeto é um interesse intersubjetivo, por óbvio, que esse desempenho jurisdicional abarca um número maior de sujeitos, os titulares indetermináveis ou determináveis do direito em análise.

Diante de todos esses princípios, cuja relevância é indiscutível, a urgência em regulamentar a tutela jurisdicional coletiva, com eficácia e dinamismo, é ponto incontroverso. Todavia, como já suscitado, na forma de disciplina dos interesses transindividuais e no traslado dos institutos da tutela individual para a coletiva despontam as disparidades.

Sendo os princípios acima assinalados a força motriz que impulsiona a necessidade de regulamentação dos interesses transindividuais, a disciplina mais adequada e apropriada a tais interesses é a que melhor aufere a concretização de tais premissas, eliminando, assim, todos os dissensos que permeiam a tutela jurisdicional coletiva e obstam a sua efetividade.

Portanto, a promulgação de um código específico dos interesses transindividuais é medida que se impõe. Com a edição desse complexo, a tutela jurisdicional coletiva será uma ramificação autônoma do Direito, a qual irá se inter-relacionar com os demais ramos, porém peculiar aos contornos dos interesses coletivos, o que proporcionará uma disciplina mais diligente e atuante. Dessa forma, o Código de Processo Civil não pode ser suprimido, mas sim, ter a já atual incidência subsidiária, nos aspectos pertinentes.

A codificação não deve representar apenas o agrupamento dos itens específicos aos interesses transindividuais, mas precisa conceber, também, uma efetiva tutela jurisdicional coletiva. Por isso, a promulgação do código deve importar em uma verdadeira superação das celeumas que reinam nos trâmites dos processos

²⁵⁸ A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

coletivos. Com esse avanço, as premissas que justificam o movimento de disciplina dos interesses transindividuais serão vislumbradas, no âmbito concreto.

Nesse sentido, importante destacar a já aludida proposta apresentada pelo professor Bellinetti, em artigo específico, denominado “Ações Coletivas - Um Tema a ser ainda Enfrentado na Reforma do Processo Civil Brasileiro – A Relação Jurídica e as Condições da Ação nos Interesses Coletivos.” Para o autor, a disciplina efetiva da tutela jurisdicional coletiva depende de uma ótica de relação jurídica de direito material distinta da que comumente é disseminada, mas que fora difundida há muito tempo pelo renomado autor Hans Kelsen.

Na concepção do pioneiro, que inspira a proposta do professor Bellinetti (que não simplesmente as adota), a relação jurídica não é integrada pelos sujeitos em torno do objeto, mas sim formada entre o ordenamento jurídico e o sujeito. “As relações jurídicas ocorrem entre o ordenamento jurídico e o indivíduo cuja conduta as normas desse ordenamento jurídico regulam.”²⁵⁹

Analisando essa estrutura de relação jurídica, e aplicando-a no âmbito dos interesses transindividuais, os questionamentos existentes, na tutela de tais interesses, restam sanados: os detentores da legitimidade ativa serão aqueles previstos pela norma para o implemento da obrigação jurídica (passiva), ou para participarem da incidência da norma (ativa). Isso porque a relação jurídica, como já enfatizada, é desenvolvida entre o ordenamento, que impõe a obrigação, o dever ser, de forma que a legitimidade ativa, ou mesmo passiva, será decorrente do próprio ordenamento. Assim, não há o que se falar em legitimidade extraordinária, ou substituição processual, institutos inerentes ao processo singular.

Também, da mesma forma, não há o que se falar em um regime peculiar da qualidade (imutabilidade) da sentença, distinto da regulamentação prevista pelo diploma processual civil. Os limites subjetivos da coisa julgada se estendem a quem é imputado o dever jurídico, imposto pela norma, ou seja, o réu da ação. Os atingidos pela imutabilidade da sentença, ou melhor, os efeitos subjetivos da coisa julgada se estendem a quem é imputado o dever jurídico, imposto pela norma, ou seja, o réu da ação.

²⁵⁹ BELLINETTI, Luiz Fernando. Ações Coletivas - Um Tema a ser ainda Enfrentado na Reforma do Processo Civil Brasileiro – A Relação Jurídica e as Condições da Ação nos Interesses Coletivos. *Revista de Processo* n.º98, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 126.

Por meio dessa alternativa, que não propõe a inauguração de uma nova perspectiva de relação jurídica, no ordenamento jurídico como um todo, mas difunde essa concepção na seara da tutela jurisdicional coletiva, convivendo, ambos os entendimentos, cada um de acordo com os seus escopos específicos, as divergências existentes, na tutela dos interesses transindividuais, estariam sanadas.

Sendo a melhor proposta de disciplina dos interesses coletivos, aquela que, efetivamente, proporcione a incidência de todas as premissas, as quais impulsionam o movimento de regulamentação específica dos interesses transindividuais, a alternativa calcada, na perspectiva de relação jurídica, idealizada pioneiramente por Kelsen, é uma proposta importante no que se refere a esse mister.

De toda a sorte, os interesses transindividuais são uma faceta da “Era dos Direitos,” difundida por Bobbio,²⁶⁰ com obra intitulada com essa expressão, onde ressalta.

Os direitos de nova geração, como foram chamados, que vieram depois daqueles que se encontraram as três correntes de idéias do nosso tempo, nascem todos dos perigos à vida, à liberdade e à segurança, provenientes do aumento do progresso tecnológico. Bastam três exemplos centrais no debate atual: o direito de viver em um ambiente não poluído, do qual surgiram os movimentos ecológicos que abalaram a vida política tanto de dentro dos próprios Estados quanto no sistema internacional; o direito à privacidade, que é colocado em sério risco pela possibilidade que os poderes públicos têm de memorizar os dados relativos à vida de uma pessoa e, com isso, controlar os seus comportamentos sem que ela perceba; o direito, o último da série, que está levantando debates nas organizações internacionais e a respeito do qual acontecerão os conflitos mais ferrenhos entre duas visões opostas de natureza do homem: o direito à integridade do próprio patrimônio genético, que vai bem mais além do que o direito à integridade física, já afirmado nos artigos 2 e 3 da Convenção Européia dos Direitos do Homem.

São direitos reinantes no plano fático e que urgem por uma performance jurisdicional incisiva, apta a regulamentar tais interesses. Dessa forma, a proposta adotada pelos representantes do povo, eleitos em um processo democrático, a qual servirá de instrumento a todos os operadores do Direito, deve ser a que melhor se coadune com tal pretensão, e que, realmente, sacie os anseios desse mesmo povo, ou seja, uma efetiva tutela jurisdicional coletiva.

²⁶⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, apresentação de Celso Lafer – Nova Ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. – 3ª reimpressão, p.229/230.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Manoel Gonçalves Arruda. *Manual de direito processual civil*. 13.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ANTUNES, Thiago Caversan; BELLINETTI, Luiz Fernando. Abrangência do mandado de segurança coletivo. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 18., São Paulo. *Anais...* São Paulo, Nov. 2009. p. 9610.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 3.ed. São Paulo: Malheiro, 2003.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.

BELLINETTI, Luiz Fernando. *Mandado de segurança coletivo: perspectiva conceitual e pressupostos de admissibilidade no direito positivo brasileiro*. 1997. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

_____. *Tutela jurisdicional satisfativa*. REPRO, n.º81, 1999.

_____. *Definição de interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos: estudos de direito processual civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.666/671.

_____. *Direito e processo. processo e constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Ações coletivas – um tema a ser ainda enfrentado na reforma do processo civil brasileiro – A relação jurídica e as condições da ação nos interesses coletivos*. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 98, 2000.

BELLINETTI, Luiz Fernando; ANTUNES, Thiago Caversan. Os limites subjetivos da coisa julgada nas ações coletivas. IN: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., Fortaleza. *Anais...* Fortaleza, jun. 2010.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução e notas de Marcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. *Teoria da norma jurídica*. 2.ed Tradução Fernando Pavan Baptista e Alaôr Café Alves. Bauru: Edipro, 2003.

_____. *Estado governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. 11.ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

_____. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, apresentação de Celso Lafer – Nova Ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito: filosofia e metodologia jurídica* (tradução de Ernéas Marzano). Rio de Janeiro: Forense, 1966.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BULOS, Uadi Lâmmego. *Curso de direito constitucional*. 3 ed.rev. e atual.de acordo com a Emenda Constitucional n.º 56/2007. São Paulo: Saraiva, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e Revisão: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARNEIRO, Mauricio de Oliveira. *Ações coletivas e controle difuso de constitucionalidade: efetividade e problemática processual*. Dissertação (Mestrado) - Universidade Estadual de Londrina. Londrina, 2006.

CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

COELHO, Luiz Fernando. *Aulas de introdução ao direito*. Barueri: Manole, 2004.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos do direito processual civil*. Tradução de Henrique de Carvalho. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 4.ed. Salvador: Juspodivm, 2009. v. 4.

DINAMARCO, Candido Rangel. *A reforma do código de processo civil*. 5. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 4.ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004. v.1.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 4.ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2004. v.2.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 13. ed.rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Democracia sem estado?* Disponível em: <<http://elve.cenci.zip.net/>>.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2000.

FREIRE JUNIOR, Américo Bedê. Pontos Nervosos da Tutela Coletiva: Legitimação, competência e coisa Julgada. In: MAZZEI, Rodrigo; NOLASCO, Rita Dias (Coord). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

GIDI, Antonio. *Código de processo civil coletivo: um modelo para países de direito escrito*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 111, 2003.

_____. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales em Brasil: um modelo para países de derecho civil*. Universidade Nacional Autónoma de México, 2004.

_____. *Adequacy of representation in brazilian class actions: a proposal*. In U N I V E R S I T Y of H O U S T O N public law and legal theory series, 2007-A-41.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 20.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *O novo mandado de segurança: comentários à Lei n. 12.016 de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

_____. MENDES, Alúcio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e anteprojeto de código brasileiro de processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Anteprojeto do código brasileiro de processos coletivos*. Disponível em: <www.direitouerj.org.br/2005/download/outros/cbpc>. Acesso em: 7 abr. 2008.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. *Introdução ao estudo de direito*. 27.ed.rev. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *Teoria pura do direito: introdução à problemática científica do direito*; tradução de J. Cretella Jr., Agnes Cretella. 3.ed.rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 30.

_____. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: lei 7.347 e legislação complementar*. 10.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Teoria geral do processo*. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Teoria geral do processo*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 18.ed. rev. ampl. e atual. São Paulo, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. *Mandado de segurança e ações constitucionais*. 32.ed. atualizada de acordo com a Lei n. 12.016/2009. São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar. Ação civil pública e controle de constitucionalidade. In: WALD, Arnoldo. *Aspectos polêmicos da ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. 2.ed.rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 26.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A proteção jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Carlos Mariz. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *A tutela dos interesses difusos*. 1.ed. São Paulo: Max Limonad, 1984.

PACHECO, José da Silva. *Mandado de segurança coletivo e outras ações constitucionais típicas*. 5.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do direito*. 5.ed..rev. e reestruturada. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *Filosofia do direito*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SÁ, José Adonis Callou de Araújo. *Ação civil pública e controle de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANTOS, Dorival Moreira. Anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Civil Coletivo: inovações na prática processual em busca da efetividade. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito*

processual coletivo e anteprojeto de código brasileiro de processo coletivo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. ed.rev. e atual. por Arycê Moacyr Amaral Santos. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 1 23

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TALAMINI, Eduardo. Partes, terceiros e coisa julgada (os limites subjetivos da coisa julgada): Aspectos polêmicos e atuais sobre os terceiros no processo civil e assuntos afins. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, 2004.

TAVARES, André Ramos. *Tratado da argüição de preceito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001.

THEODORO, Humberto Junior. *Curso de direito processual civil: Procedimentos especiais*. 36.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 3.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. Ação civil pública ou ação coletiva? In: MILARÉ, Edis. *Ação civil pública: Lei 7347/1985 – 15 anos*. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VEDOVA, Bianca da Rocha. *Breves aspectos acerca da ação coletiva passiva originária*. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Bianca%20Vedova.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2011.

VILANOVA, Lourival. *Causalidade e relação no direito*. 4.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Teori Albino. Reforma do Processo Coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para os direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e anteprojeto de código brasileiro de processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ANEXOS

ANEXO I

**ANTEPROJETO DE
CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS**

Janeiro de 2.007

Ministério da Justiça – Última versão

Incorporando sugestões da Casa Civil, Secretaria de Assuntos
Legislativos, PGFN e dos Ministérios Públicos de Minas Gerais,
Paraná, Rio Grande do Sul e São Paulo**EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS**

1 – A Lei n. 7.347/85 – a denominada lei da ação civil pública - acaba de completar 20 anos. Há muito com o que se regozijar, mas também resta muito a fazer. Não há dúvidas de que a lei revolucionou o direito processual brasileiro, colocando o país numa posição de vanguarda entre os países de *civil law* e ninguém desconhece os excelentes serviços prestados à comunidade na linha evolutiva de um processo individualista para um processo social. Muitos são seus méritos, ampliados e coordenados pelo sucessivo Código de Defesa do Consumidor, de 1990. Mas antes mesmo da entrada em vigor do CDC, e depois de sua promulgação, diversas leis regularam a ação civil pública, em dispositivos esparsos e às vezes colidentes. Podem-se, assim, citar os artigos 3º, 4º, 5º, 6º e 7º da Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989; o artigo 3º da Lei n. 7.913, de 7 de dezembro de 1989; os artigos 210, 211, 212, 213, 215, 217, 218, 219, 222, 223 e 224 da Lei n. 8.069, de 13 de junho de 1990; o artigo 17 da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992; o artigo 2º da Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997; e os artigos 80, 81, 82, 83, 85, 91, 92 e 93 da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003.

Outras dificuldades têm sido notadas pela concomitante aplicação à tutela de direitos ou interesses difusos e coletivos da Ação Civil Pública e da Ação Popular constitucional, acarretando problemas práticos quanto à conexão, à continência e à prevenção, assim como reguladas pelo CPC, o qual certamente não tinha e não tem em vista o tratamento das relações entre processos coletivos. E mesmo entre diversas ações civis públicas, concomitantes ou sucessivas, têm surgido problemas que geraram a multiplicidade de liminares, em sentido oposto, provocando um verdadeiro caos processual que foi necessário resolver mediante a suscitação de conflitos de competência perante o STJ. O que indica, também, a necessidade de regular de modo diverso a questão da competência concorrente. Seguro indício dos problemas suscitados pela competência concorrente é a proposta de Emenda Constitucional que atribui ao STJ a escolha do juízo competente para processar e julgar a demanda coletiva.

Assim, não se pode desconhecer que 20 anos de aplicação da LACP, com os aperfeiçoamentos trazidos pelo Código de Defesa do Consumidor, têm posto à mostra não apenas seus méritos, mas também suas falhas e insuficiências, gerando reações, quer do legislativo, quer do executivo, quer do judiciário, que objetivam limitar seu âmbito de aplicação. No campo do governo e do Poder Legislativo, vale lembrar, por exemplo, medidas provisórias e leis que tentaram limitar os efeitos da sentença ao âmbito territorial do juiz, que restringiram a utilização de ações civis públicas contra a Fazenda Pública e por parte das

associações – as quais, aliás, necessitam de estímulos para realmente ocuparem o lugar de legitimados ativos que lhes compete. E, no campo jurisdicional, podemos lembrar as posições contrárias à legitimação das defensorias públicas, ao controle difuso da constitucionalidade na ação civil pública, à extração de carta de sentença para execução provisória por parte do beneficiário que não foi parte da fase de conhecimento do processo coletivo, assim como, de um modo geral, a interpretação rígida das normas do processo, sem a necessária flexibilização da técnica processual.

E ainda: a aplicação prática das normas brasileiras sobre processos coletivos (ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo) tem apontado para dificuldades práticas decorrentes da atual legislação: assim, por exemplo, dúvidas surgem quanto à natureza da competência territorial (absoluta ou relativa), sobre a litispendência (quando é diverso o legitimado ativo), a conexão (que, rigidamente interpretada, leva à proliferação de ações coletivas e à multiplicação de decisões contraditórias), à possibilidade de se repetir a demanda em face de prova superveniente e a de se intentar ação em que o grupo, categoria ou classe figure no pólo passivo da demanda.

Por outro lado, a evolução doutrinária brasileira a respeito dos processos coletivos autoriza a elaboração de um verdadeiro Direito Processual Coletivo, como ramo do direito processual civil, que tem seus próprios princípios e institutos fundamentais, diversos dos do Direito Processual Individual. Os institutos da legitimação, competência, poderes e deveres do juiz e do Ministério Público, conexão, litispendência, liquidação e execução da sentença, coisa julgada, entre outros, têm feição própria nas ações coletivas que, por isso mesmo, se enquadram numa Teoria Geral dos Processos Coletivos. Diversas obras, no Brasil, já tratam do assunto. E o país, pioneiro no tratamento dos interesses e direitos transindividuais e dos individuais homogêneos, por intermédio da LACP e do CDC, tem plena capacidade para elaborar um verdadeiro Código de Processos Coletivos, que mais uma vez o colocará numa posição de vanguarda, revisitando os princípios processuais e a técnica processual por intermédio de normas mais abertas e flexíveis, que propiciem a efetividade do processo coletivo.

2 – Acresça-se a tudo isto a elaboração do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, aprovado nas Jornadas do Instituto Ibero-americano de Direito Processual, na Venezuela, em outubro de 2004. Ou seja, de um Código que possa servir não só como repositório de princípios, mas também como modelo concreto para inspirar as reformas, de modo a tornar mais homogênea a defesa dos interesses e direitos transindividuais em países de cultura jurídica comum.

Deveu-se a Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe e Antonio Gidi a elaboração da primeira proposta de um Código Modelo, proposta essa que aperfeiçoou as regras do microsistema brasileiro de processos coletivos, sem desprezar a experiência das *class-actions* norte-americanas. Muitas dessas primeiras regras, que foram aperfeiçoadas com a participação ativa de outros especialistas ibero-americanos (e de mais um brasileiro, Aluísio de Castro Mendes), passaram depois do Código Modelo para o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.

3 - O Código Modelo foi profundamente analisado e debatido no Brasil, no final de 2003, ao ensejo do encerramento do curso de pós-graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, por professores e pós-graduandos da disciplina “Processos Coletivos”, ministrada em dois semestres por Ada Pellegrini Grinover e Kazuo Watanabe, para verificar como e onde suas normas poderiam ser incorporadas, com

vantagem, pela legislação brasileira. E daí surgiu a idéia da elaboração de um Código Brasileiro de Processos Coletivos, que aperfeiçoasse o sistema, sem desfigurá-lo. Ada Pellegrini Grinover coordenou os trabalhos do grupo de pós-graduandos de 2.003 que se dispôs a preparar propostas de Código Brasileiro de Processos Coletivos, progressivamente trabalhadas e melhoradas. O grupo inicialmente foi formado pelo doutorando Eurico Ferraresi e pelos mestrands Ana Cândida Marcato, Antônio Guidoni Filho e Camilo Zufelato. Depois, no encerramento do curso de 2004, outra turma de pós-graduandos, juntamente com a primeira, aportou aperfeiçoamentos à proposta, agora também contando com a profícua colaboração de Carlos Alberto Salles e Paulo Lucon. Nasceu assim a primeira versão do Anteprojeto, trabalhado também pelos mestrands, doutorandos e professores da disciplina, durante o ano de 2.005. O Instituto Brasileiro de Direito Processual, por intermédio de seus membros, ofereceu diversas sugestões. No segundo semestre de 2.005, o texto foi analisado por grupos de mestrands da UERJ e da Universidade Estácio de Sá, sob a orientação de Aluísio de Castro Mendes, daí surgindo mais sugestões. O IDEC também foi ouvido e aportou sua contribuição ao aperfeiçoamento do Anteprojeto. Colaboraram na redação final da primeira versão do Anteprojeto juízes das Varas especializadas já existentes no país. Foram ouvidos membros do Ministério Público da União, do Distrito Federal e de diversos Estados, que trouxeram importantes contribuições. Enfim, a primeira versão do Anteprojeto foi apresentada pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual ao Ministério da Justiça, em dezembro de 2005. Submetido a consulta pública, sugestões de aperfeiçoamento vieram de órgãos públicos (Casa Civil, Secretaria de Assuntos Legislativos, PGFN e Fundo dos Interesses Difusos), bem como dos Ministérios Públicos de Minas Gerais, Paraná, Rio Grande do Sul e São Paulo. Após novos debates, as sugestões foram criteriosamente examinadas por professores e pós-graduandos da turma de 2006 da disciplina “Processos Coletivos” da Faculdade de Direito da USP e diversas delas foram incorporadas ao Anteprojeto. Este é agora reapresentado ao Ministério da Justiça, como versão final, datada de dezembro de 2.006.

4 – Em síntese, pode-se afirmar que a tônica do Anteprojeto é a de manter, em sua essência, as normas da legislação em vigor, aperfeiçoando-as por intermédio de regras não só mais claras, mas sobretudo mais flexíveis e abertas, adequadas às demandas coletivas. Corresponde a essa necessidade de flexibilização da técnica processual um aumento dos poderes do juiz – o que, aliás, é uma tendência até do processo civil individual. Na revisitação da técnica processual, são pontos importantes do Anteprojeto a reformulação do sistema de preclusões – sempre na observância do contraditório -, a reestruturação dos conceitos de pedido e causa de pedir – a serem interpretados extensivamente – e de conexão, continência e litispendência – que devem levar em conta a identidade do bem jurídico a ser tutelado; o enriquecimento da coisa julgada, com a previsão do julgado “secundum eventum probationis”; a ampliação dos esquemas da legitimação, para garantir maior acesso à justiça, mas com a paralela observância de requisitos que configuram a denominada “representatividade adequada” e põem em realce o necessário aspecto social da tutela dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, colocando a proteção dos direitos fundamentais de terceira geração a salvo de uma indesejada banalização.

5 – O Anteprojeto engloba os atuais processos coletivos brasileiros – com exceção dos relativos ao controle da constitucionalidade, que não se destinam à defesa de interesses ou direitos de grupos, categorias ou classes de pessoas -, sendo constituído de VI Capítulos.

O Capítulo I inicia-se com a enumeração dos princípios gerais da tutela jurisdicional coletiva. Não foi incorporado no texto a exclusão de certas demandas, pela matéria, hoje constante do parágrafo único do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública, uma vez

que representa uma injustificada vulneração aos princípios do acesso à justiça, da universalidade de jurisdição e da economia processual, bem como inaceitável privilégio da Fazenda Pública. O Capítulo cuida das demandas coletivas em geral, aplicando-se a todas elas e tratando de manter diversos dispositivos vigentes, mas também regrando matérias novas ou reformuladas – como o pedido e a causa de pedir, a conexão e a continência, a relação entre ação coletiva e ações individuais, a questão dos processos individuais repetitivos. Também novas são as normas sobre interrupção da prescrição, a prioridade de processamento da demanda coletiva sobre as individuais e a utilização de meios eletrônicos para a prática de atos processuais, a preferência pelo processamento e julgamento por juízos especializados, a previsão de gratificação financeira para segmentos sociais que atuem na condução do processo. A questão do ônus da prova é revisitada, dentro da moderna teoria da carga dinâmica da prova. As normas sobre coisa julgada, embora atendo-se ao regime vigente, são simplificadas, contemplando, como novidade, a possibilidade de repositura da ação, no prazo de 2 (dois) anos contados do conhecimento geral da descoberta de prova nova, superveniente, idônea para mudar o resultado do primeiro processo e que neste não foi possível produzir. Os efeitos da apelação e a execução provisória têm regime próprio, adequado às novas tendências do direito processual, e subtraindo-se a sentença proferida no processo coletivo do reexame necessário.

O Capítulo II, dividido em duas seções, trata da ação coletiva. Preferiu-se essa denominação à tradicional de “ação civil pública”, não só por razões doutrinárias, mas sobretudo para obstar a decisões que não têm reconhecido a legitimação de entidades privadas a uma ação que é denominada de “pública”. É certo que a Constituição alude à “ação civil pública”, mas é igualmente certo que o Código de Defesa do Consumidor já a rotula como “ação coletiva”. Certamente, a nova denominação não causará problemas práticos, dado o detalhamento legislativo a que ela é submetida. Trata-se apenas de uma mudança de nomenclatura, mais precisa e conveniente.

A Seção I deste Capítulo é voltada às disposições gerais, deixando-se expresso o cabimento da ação como instrumento do controle difuso de constitucionalidade. A grande novidade consiste em englobar nas normas sobre a legitimação ativa, consideravelmente ampliada, requisitos fixados por lei, correspondentes à categoria da “representatividade adequada”. A representatividade adequada é, assim, comprovada por critérios objetivos, legais, para a grande maioria dos legitimados, com exceção da pessoa física – à qual diversas constituições ibero-americanas conferem legitimação – em relação a quem o juiz aferirá a presença dos requisitos em concreto. Por outro lado, a exigência de representatividade adequada é essencial para o reconhecimento legal da figura da ação coletiva passiva, objeto do Capítulo III, em que o grupo, categoria ou classe de pessoas figura na relação jurídica processual como réu.

A regra de competência territorial é deslocada para esse Capítulo (no CDC figura indevidamente entre as regras que regem a ação em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, o que tem provocado não poucas discussões), eliminando-se, em alguns casos, a regra da competência concorrente entre Capitais dos Estados e Distrito Federal ou entre comarcas, motivo de proliferações de demandas e de decisões contraditórias. Para as demandas de índole nacional é fixada a competência territorial do Distrito Federal, único critério que possibilitará centralizá-las, evitando investidas do Legislativo atualmente consubstanciadas em proposta de Emenda Constitucional que pretende atribuir ao STJ a competência para decidir a respeito do foro competente. Regras de competência devem ser fixadas pela lei e não pelos tribunais. De outro lado, a relativa centralização da competência vem balanceada pela maior flexibilidade da legitimação entre os diversos órgãos do

Ministério Público, que poderão atuar fora dos limites funcionais e territoriais de suas atribuições (quer em relação ao inquérito civil, quer em relação à propositura da demanda – conforme, aliás, já permite a Lei Nacional do Ministério Público). A mesma flexibilidade é atribuída a outros entes legitimados.

O inquérito civil é mantido nos moldes da Lei da Ação Civil Pública, mas se deixa claro que as peças informativas nele colhidas só poderão ser aproveitadas na ação coletiva desde que submetidas a contraditório, ainda que diferido. Afinal, a Constituição federal garante o contraditório no processo administrativo, conquanto não punitivo, em que haja “litigantes” (ou seja, titulares de conflitos de interesses), obtendo-se de sua observância, como resultado, a maior possibilidade de lavratura do termo de ajustamento de conduta e da própria antecipação de tutela, com base nas provas colhidas no inquérito, que poderão atender ao requisito da “prova incontroversa”.

O termo de ajustamento de conduta é objeto de normas mais minuciosas, esbatendo dúvidas que existem nessa matéria a respeito dos procedimentos utilizados pelo Ministério Público.

Deixa-se ao Ministério Público maior liberdade para intervir no processo como fiscal da lei. A fixação do valor da causa é dispensado quando se trata de danos inestimáveis, evitando-se assim inúmeros incidentes processuais, mas seu valor será fixado na sentença. A audiência preliminar é tratada nos moldes de proposta legislativa existente para o processo individual, com o intuito de transformar o juiz em verdadeiro gestor do processo, dando-se ênfase aos meios alternativos de solução de controvérsias; deixa-se claro, aliás, até onde poderá ir a transação – outra dúvida que tem aparecido nas demandas coletivas - bem como seus efeitos no caso de acordo a que não adira o membro do grupo, categoria ou classe, em se tratando de direitos ou interesses individuais homogêneos. O Fundo dos Direitos Difusos e Coletivos, dividido em federal e estaduais, é regulamentado de modo a resguardar a destinação do dinheiro arrecadado, cuidando-se também do necessário controle e da devida transparência. Além disso, norma de relevante interesse para os autores coletivos atribui ao Fundo a responsabilidade pelo adiantamento dos custos das perícias, verba essa que deverá ser incluída no orçamento da União e dos Estados.

A Seção II do Capítulo II trata da ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos. E, com relação à ação de responsabilidade civil reparatória dos danos pessoalmente sofridos, inova no regime das notificações, necessárias não só no momento da propositura da demanda – como é hoje – mas também quando houver decisões que favoreçam os membros do grupo: com efeito, o desconhecimento da existência de liminares ou da sentença de procedência tem impedido aos beneficiados a fruição de seus direitos. Outra novidade está na sentença condenatória que, quando possível, não será genérica, mas poderá fixar a indenização devida aos membros do grupo, ressalvado o direito à liquidação individual. Estabelecem-se novas regras sobre a liquidação e a execução da sentença, coletiva ou individual, ampliando as regras de competência e a legitimação, tudo no intuito de facilitar a fruição dos direitos por parte dos beneficiários. É mantida a *fluid recovery*, mas com a novidade de que, enquanto não prescritas as pretensões individuais, o Fundo ficará responsável pelo pagamento, até o limite da importância que lhe foi recolhida.

O Capítulo III introduz no ordenamento brasileiro a ação coletiva passiva originária, ou seja a ação promovida não pelo, mas contra o grupo, categoria ou classe de pessoas. A denominação pretende distinguir essa ação coletiva passiva de outras, derivadas, que decorrem de outros processos, como a que se configura, por exemplo, numa ação

rescisória ou nos embargos do executado na execução por título extrajudicial. A jurisprudência brasileira vem reconhecendo o cabimento da ação coletiva passiva originária (a *defendant class action* do sistema norte-americano), mas sem parâmetros que rejam sua admissibilidade e o regime da coisa julgada. A pedra de toque para o cabimento dessas ações é a representatividade adequada do legitimado passivo, acompanhada pelo requisito do interesse social. A ação coletiva passiva será admitida para a tutela de interesses ou direitos difusos ou coletivos, pois esse é o caso que desponta na “*defendant class action*”, conquanto os efeitos da sentença possam colher individualmente os membros do grupo, categoria ou classe de pessoas. Por isso, o regime da coisa julgada é perfeitamente simétrico ao fixado para as ações coletivas ativas.

O Capítulo IV trata do mandado de segurança coletivo, até hoje sem disciplina legal. Deixa-se claro que pode ele ser impetrado, observados os dispositivos constitucionais, para a defesa de direito líquido e certo ligado a interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, espancando-se assim dúvidas doutrinárias e jurisprudenciais. Amplia-se a legitimação para abranger o MP, a Defensoria Pública e as entidades sindicais. De resto, aplicam-se ao mandado de segurança coletivo as disposições da Lei n. 1.533/51, no que não forem incompatíveis com a defesa coletiva, assim como o Capítulo I do Código, inclusive no que respeita às custas e honorários advocatícios.

O Capítulo V trata das ações populares, sendo a Seção I dedicada à ação popular constitucional. Aplicam-se aqui as disposições do Capítulo I e as regras da Lei n. 4.717/65, com a modificação de alguns artigos desta para dar maior liberdade de ação ao Ministério Público, para prever a cientificação do representante da pessoa jurídica de direito público e para admitir a repropositura da ação, diante de prova superveniente, nos moldes do previsto para a ação coletiva.

A Seção II do Capítulo V cuida da ação de improbidade administrativa que, embora rotulada pela legislação inerente ao MP como ação civil pública, é, no entanto, uma verdadeira ação popular (destinada à proteção do interesse público e não à defesa de interesses e direitos de grupos, categorias e classes de pessoas), com legitimação conferida por lei ao Ministério Público. Esta legitimação encontra embasamento no art.129, IX, da Constituição. Aqui também a lei de regência será a Lei n.8.429/92, aplicando-se à espécie as disposições do Capítulo I do Código, com exceção da interpretação extensiva do pedido e da causa de pedir, que não se coaduna com uma ação de índole sancionatória.

Finalmente, o Capítulo VI trata das disposições finais, criando o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, a ser organizado e mantido pelo Conselho Nacional de Justiça; traçando princípios de interpretação; determinando a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, no que não for incompatível, independentemente da Justiça competente e notadamente quanto aos recursos e dando nova redação a dispositivos legais (inclusive em relação à antecipação de tutela e à sua estabilização, nos moldes do *référé* francês e consoante Projeto de Lei do Senado). Revogam-se expressamente: a Lei da Ação Civil Pública e os arts. 81 a 104 do Código de Defesa do Consumidor (pois o Anteprojeto trata por completo da matéria); o parágrafo 3º do art. 5º da Lei da Ação Popular, que fixa a prevenção da competência no momento da propositura da ação, colidindo com o princípio do Capítulo I do Anteprojeto; bem como diversos dispositivos de leis esparsas que se referem à ação civil pública, cujo cuidadoso levantamento foi feito por Marcelo Vigliar e que tratam de matéria completamente regulada pelo Anteprojeto.

A entrada em vigor do Código é fixada em cento e oitenta dias a contar de sua publicação.

6 - Cumpre observar, ainda, que o texto ora apresentado representa um esforço coletivo, sério e equilibrado, no sentido de reunir, sistematizar e melhorar as regras brasileiras sobre processos coletivos, hoje existentes em leis esparsas, às vezes inconciliáveis entre si, harmonizando-as e conferindo-lhes tratamento consentâneo com a relevância jurídica, social e política dos interesses e direitos transindividuais e individuais homogêneos. Tudo com o objetivo de tornar sua aplicação mais clara e correta, de superar obstáculos e entraves que têm surgido na prática legislativa e judiciária e de inovar na técnica processual, de modo a extrair a maior efetividade possível de importantes instrumentos constitucionais de direito processual.

São Paulo, janeiro de 2007

Ada Pellegrini Grinover

Professora Titular de Direito Processual da USP
Presidente do Instituto Brasileiro de Direito Processual

Capítulo I

Das demandas coletivas

Art. 1º Conteúdo do Código – Este Código dispõe sobre os processos coletivos relativos às ações coletivas ativas, à ação coletiva passiva originária, ao mandado de segurança coletivo, à ação popular constitucional e à ação de improbidade administrativa.

Art. 2º . Princípios da tutela jurisdicional coletiva – São princípios da tutela jurisdicional coletiva:

- a. acesso à justiça e à ordem jurídica justa;
- b. universalidade da jurisdição;
- c. participação pelo processo e no processo;
- d. tutela coletiva adequada;
- e. boa-fé e cooperação das partes e de seus procuradores;
- f. cooperação dos órgãos públicos na produção da prova;
- g. economia processual;
- h. instrumentalidade das formas;
- i. ativismo judicial;
- j. flexibilização da técnica processual;
- k. dinâmica do ônus da prova;
- l. representatividade adequada;
- m. intervenção do Ministério Público em casos de relevante interesse social;
- n. não taxatividade da ação coletiva;
- o. ampla divulgação da demanda e dos atos processuais;
- p. indisponibilidade temperada da ação coletiva;
- q. continuidade da ação coletiva;
- r. obrigatoriedade do cumprimento e da execução da sentença;
- s. extensão subjetiva da coisa julgada, coisa julgada *secundum eventum litis* e *secundum probationem*;
- t. reparação dos danos materiais e morais;
- u. aplicação residual do Código de Processo Civil;

v. proporcionalidade e razoabilidade.

Art. 3º Efetividade da tutela jurisdicional – Para a defesa dos direitos e interesses indicados neste Código são admissíveis todas as espécies de ações e provimentos capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela, inclusive os previstos no Código de Processo Civil e em leis especiais.

§ 1º O juiz, instaurado o contraditório, poderá desconsiderar a pessoa jurídica, nas hipóteses previstas no artigo 50 Código Civil e no artigo 4º da Lei n. 9.605/98.

§ 2º Para a tutela dos interesses e direitos previstos nas alíneas II e III do artigo 3º e observada a disponibilidade do bem jurídico protegido, as partes poderão estipular convenção de arbitragem, a qual se regerá pelas disposições do Código de Processo Civil e da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Art. 4º Objeto da tutela coletiva – A demanda coletiva será exercida para a tutela de:

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

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

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

Parágrafo único. A análise da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo poderá ser objeto de questão prejudicial, pela via do controle difuso.

Art. 5º Pedido e causa de pedir – Nas ações coletivas, a causa de pedir e o pedido serão interpretados extensivamente, em conformidade com o bem jurídico a ser protegido.

Parágrafo único. A requerimento da parte interessada, até a prolação da sentença, o juiz permitirá a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que seja realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado para a parte contrária e o contraditório seja preservado, mediante possibilidade de nova manifestação de quem figure no pólo passivo da demanda, no prazo de 10 (dez) dias, com possibilidade de prova complementar, observado o parágrafo 3º do artigo 10.

Art. 6º Relação entre demandas coletivas – Observado o disposto no artigo 22 deste Código, as demandas coletivas de qualquer espécie poderão ser reunidas, de ofício ou a requerimento das partes, ficando prevento o juízo perante o qual a demanda foi distribuída em primeiro lugar, quando houver:

I – conexão, pela identidade de pedido ou causa de pedir ou da defesa, conquanto diferentes os legitimados ativos, e para os fins da ação prevista no Capítulo III, os legitimados passivos;

II – conexão probatória, desde que não haja prejuízo à duração razoável do processo;

III – continência, pela identidade de partes e causa de pedir, observado o disposto no inciso anterior, sendo o pedido de uma das ações mais abrangente do que o das demais.

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

§ 2º Na hipótese de conexão entre ações coletivas referidas ao mesmo bem jurídico, o juiz prevento, até o início da instrução, deverá determinar a reunião de processos para julgamento conjunto e, iniciada a instrução, poderá determiná-la, desde que não haja prejuízo à duração razoável do processo;

§ 3º Aplicam-se à litispendência as regras dos incisos I e III deste artigo, quanto à identidade de legitimados ativos ou passivos, e a regra de seu parágrafo 1º, quanto à identidade do pedido e da causa de pedir ou da defesa.

Art. 7º Relação entre demanda coletiva e ações individuais – A demanda coletiva não induz litispendência para as ações individuais em que sejam postulados direitos ou interesses próprios e específicos de seus autores, mas os efeitos da coisa julgada coletiva (art. 13 deste Código) 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 demanda coletiva nos autos da ação individual.

§ 1º Cabe ao demandado informar o juízo da ação individual sobre a existência de demanda coletiva que verse sobre idêntico bem jurídico, sob pena de, não o fazendo, o autor individual beneficiar-se da coisa julgada coletiva mesmo no caso de a ação individual ser rejeitada.

§ 2º A suspensão do processo individual perdurará até o trânsito em julgado da sentença coletiva, facultado ao autor requerer a retomada do curso do processo individual, a qualquer tempo, independentemente da anuência do réu, hipótese em que não poderá mais beneficiar-se da sentença coletiva.

§ 3º O Tribunal, de ofício, por iniciativa do juiz competente ou a requerimento da parte, após instaurar, em qualquer hipótese, o contraditório, poderá determinar a suspensão de processos individuais em que se postule a tutela de interesses ou direitos referidos a relação jurídica substancial de caráter incindível, pela sua própria natureza ou por força de lei, a cujo respeito as questões devam ser decididas de modo uniforme e globalmente, quando houver sido ajuizada demanda coletiva versando sobre o mesmo bem jurídico.

§ 4º Na hipótese do parágrafo anterior, a suspensão do processo perdurará até o trânsito em julgado da sentença coletiva, vedada ao autor a retomada do curso do processo individual antes desse momento.

Art. 8º Comunicação sobre processos repetitivos. O juiz, tendo conhecimento da existência de diversos processos individuais correndo contra o mesmo demandado, com identidade de fundamento jurídico, notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados, a fim de que proponham, querendo, demanda coletiva, ressalvada aos autores individuais a faculdade prevista no artigo anterior.

Parágrafo único. Caso o Ministério Público não promova a demanda coletiva, no prazo de 90 (noventa) dias, o juiz, se considerar relevante a tutela coletiva, fará remessa das peças dos processos individuais ao Conselho Superior do Ministério Público, que designará outro órgão do Ministério Público para ajuizar a demanda coletiva, ou insistirá, motivadamente, no não ajuizamento da ação, informando o juiz.

Art. 9º Efeitos da citação – A citação válida para a demanda coletiva interrompe o prazo de prescrição das pretensões individuais e transindividuais direta ou indiretamente relacionadas com a controvérsia, retroagindo o efeito à data da propositura da ação.

Art. 10. Prioridade de processamento e utilização de meios eletrônicos – O juiz deverá dar prioridade ao processamento da demanda coletiva sobre as individuais, servindo-se preferencialmente dos meios eletrônicos para a prática de atos processuais do juízo e das partes, observados os critérios próprios que garantam sua autenticidade.

Art. 11. Provas – São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

§ 1º Sem prejuízo do disposto no artigo 333 do Código de Processo Civil, o ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.

§ 2º O ônus da prova poderá ser invertido quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação, segundo as regras ordinárias de experiência, ou quando a parte for hipossuficiente.

§ 3º Durante a fase instrutória, surgindo modificação de fato ou de direito relevante para o julgamento da causa (parágrafo único do artigo 5º deste Código), o juiz poderá rever, em decisão motivada, a distribuição do ônus da prova, concedendo à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para sua produção, observado o contraditório em relação à parte contrária (artigo 25, parágrafo 5º, inciso IV).

§ 4º . O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

§ 5º. Para a realização de prova técnica, o juiz poderá solicitar a elaboração de laudos ou relatórios a órgãos, fundações ou universidades públicas especializados na matéria.

Art. 12. Motivação das decisões judiciais. Todas as decisões deverão ser especificamente fundamentadas, especialmente quanto aos conceitos jurídicos indeterminados.

Parágrafo único. Na sentença de improcedência, o juiz deverá explicitar, no dispositivo, se rejeita a demanda por insuficiência de provas.

Art. 13. Coisa julgada – 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.

§ 1º Tratando-se de interesses ou direitos individuais homogêneos (art. 3º, III, deste Código), em caso de improcedência do pedido, os interessados poderão propor ação a título individual.

§ 2º Os efeitos da coisa julgada nas ações em defesa de interesses ou direitos difusos ou coletivos (art. 4º, I e II, deste Código) 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. 34 e 35.

§ 3º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

§ 4º A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*.

§ 5º Mesmo na hipótese de sentença de improcedência, fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, no prazo de 2 (dois) anos contados do conhecimento geral da descoberta de prova nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea para mudar seu resultado.

§ 6º A faculdade prevista no parágrafo anterior, nas mesmas condições, fica assegurada ao demandado da ação coletiva julgada procedente.

Art. 14. Efeitos do recurso da sentença definitiva – O recurso interposto contra a sentença 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, ponderando os valores em jogo, poderá atribuir ao recurso efeito suspensivo.

Parágrafo único. As sentenças que julgam as demandas coletivas não se submetem ao reexame necessário.

Art. 15. Legitimação à liquidação e execução da sentença condenatória – Na hipótese de o autor da demanda coletiva julgada procedente não promover, em 120 (cento e vinte) dias, a liquidação ou execução da sentença, deverá fazê-lo o Ministério Público, quando se tratar de interesse público relevante, facultada igual iniciativa, em todos os casos, aos demais legitimados (art. 20 deste Código).

Art. 16. Execução definitiva e execução provisória – A execução é definitiva quando passada em julgado a sentença; e provisória, na pendência dos recursos cabíveis.

§ 1º A execução provisória corre por conta e risco do exequente, que responde pelos prejuízos causados ao executado, em caso de reforma da sentença recorrida.

§ 2º A execução provisória permite a prática de atos que importem em alienação do domínio ou levantamento do depósito em dinheiro.

§ 3º A pedido do executado, o tribunal pode suspender a execução provisória quando dela puder resultar lesão grave e de difícil reparação.

Art. 17. Custas e honorários – Nas demandas coletivas de que trata este código, a sentença condenará o demandado, se vencido, nas custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, bem como em honorários de advogados, calculados sobre a condenação.

§ 1º Tratando-se de condenação a obrigação específica ou de condenação genérica, os honorários advocatícios serão fixados levando-se em consideração a vantagem para o grupo, categoria ou classe, a quantidade e qualidade do trabalho desenvolvido pelo advogado e a complexidade da causa.

§ 2º O Poder Público, quando demandado e vencido, incorrerá na condenação prevista neste artigo.

§ 3º Se o legitimado for pessoa física, entidade sindical ou de fiscalização do exercício das profissões, associação civil ou fundação de direito privado, o juiz, sem prejuízo da verba da sucumbência, poderá fixar gratificação financeira, a cargo do Fundo dos Direitos Difusos e Coletivos, quando sua atuação tiver sido relevante na condução e êxito da demanda coletiva, observados na fixação os critérios de razoabilidade e modicidade.

§ 4º Os autores da demanda coletiva não adiantarão custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem serão condenados, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.

§ 5º O litigante de má-fé e os responsáveis pelos respectivos atos serão solidariamente condenados ao pagamento das despesas processuais, em honorários advocatícios e em até o décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

Art. 18. Juízos especializados – Sempre que possível, as demandas coletivas de que trata este Código serão processadas e julgadas em juízos especializados.

Parágrafo único. Quando se tratar de liquidação e execução individuais dos danos sofridos em decorrência de violação a interesses ou direitos individuais homogêneos (artigo 34 deste Código), a competência para a tramitação dos processos será dos juízos residuais comuns.

Capítulo II

Da ação coletiva ativa

Seção I

Disposições gerais

Art. 19. Cabimento da ação coletiva ativa. A ação coletiva ativa será exercida para a tutela dos interesses e direitos mencionados no artigo 4º deste Código.

Art. 20. Legitimação. São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa:

I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, demonstrada por dados como:

a – a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado;

b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos;

c – sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado;

II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos coletivos, e individuais homogêneos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, nos termos do inciso I deste artigo;

III - o Ministério Público, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, bem como dos individuais homogêneos de interesse social;

IV – a Defensoria Pública, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e coletivos, quando a coletividade ou os membros do grupo, categoria ou classe forem necessitados do ponto de vista organizacional, e dos individuais homogêneos, quando os membros do grupo, categoria ou classe forem, ao menos em parte, hipossuficientes;

V – as pessoas jurídicas de direito público interno, para a defesa dos interesses ou direitos difusos e, quando relacionados com suas funções, dos coletivos e individuais homogêneos;

VI - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, bem como os órgãos do Poder Legislativo, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos indicados neste Código;

VII – as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, restritas as primeiras à defesa dos interesses e direitos ligados à categoria;

VIII - os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais;

IX - as associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses ou direitos indicados neste Código, dispensadas a autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros.

§ 1º Na defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, qualquer legitimado deverá demonstrar a existência do interesse social e, quando se tratar de direitos coletivos e individuais homogêneos, a coincidência entre os interesses do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda;

§ 2º No caso dos incisos I e II deste artigo, o juiz poderá voltar a analisar a existência do requisito da representatividade adequada em qualquer tempo e grau de jurisdição, aplicando, se for o caso, o disposto no parágrafo seguinte.

§ 3º Em caso de inexistência do requisito da representatividade adequada (incisos I e II deste artigo), o juiz notificará o Ministério Público e, na medida do possível, outros legitimados, a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação.

§ 4º Em relação às associações civis e às fundações de direito privado, o juiz poderá dispensar o requisito da pré-constituição, quando haja manifesto interesse social evidenciado pelas características do dano, pela relevância do bem jurídico a ser protegido ou pelo reconhecimento de representatividade adequada (inciso I deste artigo).

§ 5º Os membros do Ministério Público poderão ajuizar a ação coletiva perante a Justiça federal ou estadual, independentemente da pertinência ao Ministério Público da União, do Distrito Federal ou dos Estados, e, quando se tratar da competência da Capital do Estado (artigo 22, inciso III) ou do Distrito Federal (artigo 22, inciso IV), independentemente de seu âmbito territorial de atuação.

§ 6º Será admitido o litisconsórcio facultativo entre os legitimados, inclusive entre os Ministérios Públicos da União, do Distrito Federal e dos Estados.

§ 7º Em caso de relevante interesse social, cuja avaliação ficará a seu exclusivo critério, o Ministério Público, se não ajuizar a ação ou não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 8º Havendo vício de legitimação, desistência infundada ou abandono da ação, o juiz aplicará o disposto no parágrafo 3º deste artigo.

§ 9º Em caso de inércia do Ministério Público, aplica-se o disposto no parágrafo único do artigo 8º deste Código.

Art. 21. Do termo de ajustamento de conduta. Preservada a indisponibilidade do bem jurídico protegido, o Ministério Público e os órgãos públicos legitimados, agindo com critérios de equilíbrio e imparcialidade, poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta à lei, mediante fixação de modalidades e prazos para o cumprimento das obrigações assumidas e de multas por seu descumprimento.

§ 1º Em caso de necessidade de outras diligências, os órgãos públicos legitimados poderão firmar compromisso preliminar de ajustamento de conduta.

§ 2º Quando a cominação for pecuniária, seu valor deverá ser suficiente e necessário para coibir o descumprimento da medida pactuada e poderá ser executada imediatamente, sem prejuízo da execução específica.

§ 3º. O termo de ajustamento de conduta terá natureza jurídica de transação, com eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade de homologação judicial do compromisso, hipótese em que sua eficácia será de título executivo judicial.

Art. 22. Competência territorial – É absolutamente competente para a causa o foro:

I – do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano, quando de âmbito local;

II – de qualquer das comarcas ou sub-seções judiciárias, quando o dano de âmbito regional compreender até 3 (três) delas, aplicando-se no caso as regras de prevenção;

III - da Capital do Estado, para os danos de âmbito regional, compreendendo 4 (quatro) ou mais comarcas ou sub-seções judiciárias;

IV – de uma das Capitais do Estado, quando os danos de âmbito interestadual compreenderem até 3 (três) Estados, aplicando-se no caso as regras de prevenção;

IV- do Distrito Federal, para os danos de âmbito interestadual que compreendam mais de 3 (três) Estados, ou de âmbito nacional.

§ 1º A amplitude do dano será aferida conforme indicada na petição inicial da demanda.

§ 2º Ajuizada a demanda perante juiz territorialmente incompetente, este remeterá incontinenti os autos ao juízo do foro competente, sendo vedada ao primeiro juiz a apreciação de pedido de antecipação de tutela.

§ 3º No caso de danos de âmbito nacional, interestadual e regional, o juiz competente poderá delegar a realização da audiência preliminar e da instrução ao juiz que ficar mais próximo dos fatos.

§ 4º Compete ao juiz estadual, nas comarcas que não sejam sede da Justiça federal, processar e julgar a ação coletiva nas causas de competência da Justiça federal.

Art. 23. Inquérito civil. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, nos termos do disposto em sua Lei Orgânica, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias.

§ 1º Aplica-se às atribuições do Ministério Público, em relação ao inquérito civil, o disposto no parágrafo 5º do artigo 20 deste Código.

§ 2º Nos casos em que a lei impuser sigilo, incumbe ao Ministério Público, ao inquirido e a seu advogado a manutenção do segredo.

§ 3º A eficácia probante das peças informativas do inquérito civil dependerá da observância do contraditório, ainda que diferido para momento posterior ao da sua produção;

§ 4º Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura de ação coletiva, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.

§ 5º Os demais legitimados (art. 20 deste Código) poderão recorrer da decisão de arquivamento ao Conselho Superior do Ministério Público, conforme dispuser o seu regimento.

§ 6º O órgão do Ministério Público que promover o arquivamento do inquérito civil ou das peças informativas encaminhará, no prazo de 3 (três) dias, sob pena de falta grave, os respectivos autos ao Conselho Superior do Ministério Público, para homologação e para as medidas necessárias à uniformização da atuação ministerial.

§ 7º Deixando o Conselho de homologar a promoção do arquivamento, designará, desde logo, outro membro do Ministério Público para o ajuizamento da ação.

§ 8º Constituem crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos ou informações, quando requisitados pelo Ministério Público.

Art. 24. Da instrução da inicial e do valor da causa – Para instruir a inicial, o legitimado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias.

§ 1º As certidões e informações deverão ser fornecidas dentro de 15 (quinze) dias da entrega, sob recibo, dos respectivos requerimentos, e só poderão ser utilizados para a instrução da ação coletiva.

§ 2º Somente nos casos em que a defesa da intimidade ou o interesse social, devidamente justificados, exigirem o sigilo, poderá ser negada certidão ou informação.

§ 3º Ocorrendo a hipótese do parágrafo anterior, a ação poderá ser proposta desacompanhada das certidões ou informações negadas, cabendo ao juiz, após apreciar os motivos do indeferimento, requisitá-las; feita a requisição, o processo correrá em segredo de justiça.

§ 4º Na hipótese de ser incomensurável ou inestimável o valor dos danos coletivos, fica dispensada a indicação do valor da causa na petição inicial, cabendo ao juiz fixá-lo em sentença.

Art. 25 - Audiência preliminar – Encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

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

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

§ 3º Preservada a indisponibilidade do bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação.

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

§ 5º Não obtida a conciliação, sendo ela parcial, ou quando, por qualquer motivo, não for adotado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:

I – decidirá se a ação tem condições de prosseguir na forma coletiva, certificando-a como tal;

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

III – decidirá a respeito do litisconsórcio e da intervenção de terceiros, esta admissível até o momento do saneamento do processo, vedada a denunciação da lide na hipótese do artigo 13, parágrafo único, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 - Código de Defesa do Consumidor.

IV – fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se for o caso;

V – Na hipótese do inciso anterior, esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova, de acordo com o disposto no parágrafo 1º do artigo 11 deste Código, e sobre a possibilidade de ser determinada, no momento do julgamento, sua inversão, nos termos do parágrafo 2º do mesmo artigo;

VI – Se não houver necessidade de audiência de instrução e julgamento, de acordo com a natureza do pedido e as provas documentais juntadas pelas partes ou requisitadas pelo juiz, sobre as quais tenha incidido o contraditório, simultâneo ou sucessivo, julgará antecipadamente a lide.

Art. 26. Ação reparatoria – Na ação reparatoria dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, sempre que possível e independentemente de pedido do autor, a condenação consistirá na prestação de obrigações específicas, destinadas à compensação do dano sofrido pelo bem jurídico afetado, nos termos do artigo 461 e parágrafos do Código de Processo Civil.

§ 1º Dependendo da especificidade do bem jurídico afetado, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias consideradas relevantes, o juiz poderá especificar, em decisão fundamentada, as providências a serem tomadas para a reconstituição dos bens lesados, podendo indicar a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado;

§ 2º Somente quando impossível a condenação no cumprimento de obrigações específicas, o juiz condenará o réu, em decisão fundamentada, ao pagamento de indenização, independentemente de pedido do autor, a qual reverterá ao Fundo de Direitos Difusos e Coletivos, de natureza federal ou estadual, de acordo com a Justiça competente (art. 27 deste Código).

Art. 27. Do Fundo dos Direitos Difusos e Coletivos. O Fundo será administrado por um Conselho Gestor federal ou por Conselhos Gestores estaduais, dos quais participarão necessariamente, em composição paritária, membros do Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à realização de atividades tendentes a minimizar as lesões ou a evitar que se repitam, dentre outras que beneficiem os bens jurídicos prejudicados, bem como a antecipar os custos das perícias necessárias à defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos e a custear o prêmio previsto no parágrafo 3º do artigo 17.

§ 1º Além da indenização oriunda da sentença condenatória, prevista no parágrafo 2º do artigo 26, e da execução pelos danos globalmente causados, de que trata o parágrafo 3º do artigo 36, ambos deste Código, constitui receita do Fundo, dentre outras, o produto da arrecadação de multas, inclusive as decorrentes do descumprimento de compromissos de ajustamento de conduta.

§ 2º O representante legal do Fundo, considerado funcionário público para efeitos legais, responderá por sua atuação nas esferas administrativa, penal e civil.

§ 3º O Fundo será notificado da propositura de toda ação coletiva e sobre as decisões mais importantes do processo, podendo nele intervir em qualquer tempo e grau de jurisdição na função de “amicus curiae”.

§ 4º O Fundo manterá e divulgará registros que especifiquem a origem e a destinação dos recursos e indicará a variedade dos bens jurídicos a serem tutelados e seu âmbito regional;

§ 5º Semestralmente, o Fundo dará publicidade às suas demonstrações financeiras e atividades desenvolvidas.

Seção II

Da ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos

Art. 28. Da ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos – A ação coletiva para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos será exercida para a tutela do conjunto de direitos ou interesses individuais, decorrentes de origem comum, de que sejam titulares os membros de um grupo, categoria ou classe.

§ 1º Para a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos, além dos requisitos indicados no artigo 19 deste Código, é necessária a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto.

§ 2º A determinação dos interessados poderá ocorrer no momento da liquidação ou execução do julgado, não havendo necessidade de a petição inicial vir acompanhada da respectiva relação nominal.

Art. 29. Ação de responsabilidade civil – Os legitimados poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, dentre outras (artigo 2.º deste Código), ação coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes.

Art. 30. Citação e notificações – Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu e a publicação de edital, de preferência resumido, no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como assistentes, observado o disposto no parágrafos 5º e 6º deste artigo.

§ 1º Sem prejuízo da publicação do edital, o juiz determinará sejam os órgãos e entidades de defesa dos interesses ou direitos indicados neste Código comunicados da existência da demanda coletiva e de seu trânsito em julgado, a serem também comunicados ao Cadastro Nacional de Processos Coletivos

§ 2º Concedida a tutela antecipada e sendo identificáveis os beneficiários, o juiz determinará ao demandado que informe os interessados sobre a opção de exercerem, ou não, o direito à fruição da medida.

§ 3º Descumprida a determinação judicial de que trata o parágrafo anterior, o demandado responderá, no mesmo processo, pelos prejuízos causados aos beneficiários.

§ 4º Quando for possível a execução do julgado, ainda que provisória, o juiz determinará a publicação de edital no órgão oficial, às expensas do demandado, impondo-lhe,

também, o dever de divulgar, pelos meios de comunicação social, nova informação, compatível com a extensão ou gravidade do dano, observado o critério da modicidade do custo. Sem prejuízo das referidas providências, o juízo providenciará a comunicação aos órgãos e entidades de defesa dos interesses ou direitos indicados neste Código, bem como ao Cadastro Nacional de Processos Coletivos.

§ 5º A apreciação do pedido de assistência far-se-á em autos apartados, sem suspensão do feito, recebendo o interveniente o processo no estado em que se encontre.

§ 6º Os intervenientes não poderão discutir suas pretensões individuais na fase de conhecimento do processo coletivo.

Art. 31. Efeitos da transação - As partes poderão transacionar, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de não aderir à transação, propondo ação a título individual.

Art. 32 - Sentença condenatória – Sempre que possível, o juiz fixará na sentença o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo, categoria ou classe.

§ 1º Quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo, categoria ou classe for uniforme, prevalentemente uniforme ou puder ser reduzido a uma fórmula matemática, a sentença coletiva indicará o valor ou a fórmula de cálculo da indenização individual.

§ 2º O membro do grupo, categoria ou classe que divergir quanto ao valor da indenização individual ou à fórmula para seu cálculo, estabelecidos na sentença coletiva, poderá propor ação individual de liquidação.

§ 3º Não sendo possível a prolação de sentença condenatória líquida, a condenação poderá ser genérica, fixando a responsabilidade do demandado pelos danos causados e o dever de indenizar.

Art. 33. Competência para a liquidação e execução – É competente para a liquidação e execução o juízo:

I - da fase condenatória da ação ou da sede do legitimado à fase de conhecimento, quando coletiva a liquidação ou execução.

II– da fase condenatória, ou do domicílio da vítima ou sucessor, no caso de liquidação ou execução individual.

§ 1º O exequente poderá optar pelo juízo do local onde se encontrem bens sujeitos à expropriação.

§ 2º Quando a competência para a liquidação e execução não for do juízo da fase de conhecimento, o executado será citado, seguindo a execução o procedimento do art. 475-A e seguintes do Código de Processo Civil.

Art. 34. Liquidação e execução individuais. A liquidação e execução serão promovidas individualmente pelo beneficiário ou seus sucessores, que poderão ser representados, mediante instrumento de mandato, por associações, entidades sindicais ou de

fiscalização do exercício das profissões e defensorias públicas, ainda que não tenham sido autoras na fase de conhecimento, observados os requisitos do artigo 20 deste Código.

§ 1º Na liquidação da sentença caberá ao liquidante provar, tão só, o dano pessoal, o nexo de causalidade e o montante da indenização.

§ 2º A liquidação da sentença poderá ser dispensada quando a apuração do dano pessoal, do nexo de causalidade e do montante da indenização depender exclusivamente de prova documental, hipótese em que o pedido de execução por quantia certa será acompanhado dos documentos comprobatórios e da memória do cálculo.

§ 3º Os valores destinados ao pagamento das indenizações individuais serão depositados em instituição bancária oficial, abrindo-se conta remunerada e individualizada para cada beneficiário, regendo-se os respectivos saques, sem expedição de alvará, pelas normas aplicáveis aos depósitos bancários.

§ 4º Na hipótese de o exercício da ação coletiva ter sido contratualmente vinculado ao pagamento de remuneração ajustada por serviços prestados, o montante desta será deduzido dos valores destinados ao pagamento previsto no parágrafo anterior, ficando à disposição da entidade legitimada.

§ 5º A carta de sentença para a execução provisória poderá ser extraída em nome do credor, ainda que este não tenha integrado a lide na fase de conhecimento do processo.

Art. 35. Liquidação e execução coletivas – Se possível, a liquidação e a execução serão coletivas, sendo promovidas por qualquer dos legitimados do artigo 20 deste Código.

Art. 36. Liquidação e execução pelos danos globalmente causados – Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do artigo 20 deste Código promover a liquidação e execução coletiva da indenização devida pelos danos causados.

§ 1º Na fluência do prazo previsto no caput deste artigo a prescrição não correrá.

§ 2º O valor da indenização será fixado de acordo com o dano globalmente causado, que poderá ser demonstrado por meio de prova pré-constituída ou, não sendo possível, mediante liquidação.

§ 3º O produto da indenização reverterá ao Fundo (art. 27 deste Código), que o utilizará para finalidades conexas à proteção do grupo, categoria ou classe beneficiados pela sentença.

§ 4º Enquanto não se consumir a prescrição da pretensão individual, fica assegurado o direito de exigir o pagamento pelo Fundo, limitado o total das condenações ao valor que lhe foi recolhido.

Art. 37. Concurso de créditos – Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação de que trata o artigo 26 deste Código e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estas terão preferência no pagamento.

Parágrafo único. Para efeito do disposto neste artigo, a destinação da importância a ser recolhida ao Fundo ficará sustada enquanto pendentes de decisão de recurso ordinário as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas.

Capítulo III

Da ação coletiva passiva originária

Art. 38. Ações contra o grupo, categoria ou classe – Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada, mesmo sem personalidade jurídica, desde que apresente representatividade adequada (artigo 20, I, “a”, “b” e “c”), se trate de tutela de interesses ou direitos difusos e coletivos (artigo 4º, incisos I e II) e a tutela se revista de interesse social.

Parágrafo único. O Ministério Público e os órgãos públicos legitimados à ação coletiva ativa (art. 20, incisos III, IV, V e VI e VII deste Código) não poderão ser considerados representantes adequados da coletividade, ressalvadas as entidades sindicais.

Art. 39. Coisa julgada passiva – A coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe e aplicando-se ao caso as disposições do artigo 12 deste Código, no que dizem respeito aos interesses ou direitos transindividuais.

Art. 40. Aplicação complementar às ações coletivas passivas – Aplica-se complementarmente às ações coletivas passivas o disposto no Capítulo I deste Código, no que não for incompatível.

Parágrafo único. As disposições relativas a custas e honorários, previstas no artigo 16 e seus parágrafos, serão invertidas, para beneficiar o grupo, categoria ou classe que figurar no pólo passivo da demanda.

Capítulo IV

Do mandado de segurança coletivo

Art. 41. Cabimento do mandado de segurança coletivo – Conceder-se-á mandado de segurança coletivo, nos termos dos incisos LXIX e LXX do artigo 5º da Constituição federal, para proteger direito líquido e certo relativo a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos (art. 4º deste Código).

Art. 42. Legitimação ativa – O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

I – Ministério Público;

II – Defensoria Pública;

III – partido político com representação no Congresso Nacional;

IV – entidade sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados, dispensada a autorização assemblear.

Parágrafo único – O Ministério Público, se não impetrar o mandado de segurança coletivo, atuará como fiscal da lei, em caso de interesse público ou relevante interesse social.

Art. 43. Disposições aplicáveis - Aplicam-se ao mandado de segurança coletivo as disposições do Capítulo I deste Código, inclusive no tocante às custas e honorários (art. 17 e seus parágrafos) e as da Lei n.º 1.533/51, no que não for incompatível.

Capítulo V

Das ações populares

Seção I

Da ação popular constitucional

Art. 44 - Disposições aplicáveis – Aplicam-se à ação popular constitucional as disposições do Capítulo I deste Código e as da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965.

Seção II

Ação de improbidade administrativa

Art. 45. Disposições aplicáveis – A ação de improbidade administrativa rege-se pelas disposições do Capítulo I deste Código, com exceção do disposto no artigo 5º e seu parágrafo único, devendo o pedido e a causa de pedir ser interpretados restritivamente, e pelas disposições da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992,

Capítulo VI

Disposições finais

Art. 46. Do Cadastro Nacional de Processos Coletivos – O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, com a finalidade de permitir que todos os órgãos do Poder Judiciário e todos os interessados tenham acesso ao conhecimento da existência de ações coletivas, facilitando a sua publicidade.

§ 1º Os órgãos judiciários aos quais forem distribuídos processos coletivos remeterão, no prazo de 10 (dez) dias, cópia da petição inicial ao Cadastro Nacional de Processos Coletivos.

§ 2º O Conselho Nacional de Justiça, no prazo de 90 (noventa) dias, editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional de Processos Coletivos, incluindo a forma de comunicação pelos juízos quanto à existência de processos coletivos e aos atos processuais mais relevantes, como a concessão de antecipação de tutela, a sentença e o trânsito em julgado, a interposição de recursos e seu andamento, a execução provisória ou definitiva; disciplinará, ainda, os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado.

Art. 47. Instalação de órgãos especializados - A União, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, e os Estados criarão e instalarão órgãos especializados, em primeira e segunda instância, para o processamento e julgamento de ações coletivas.

Art. 48. Princípios de interpretação – Este Código será interpretado de forma aberta e flexível, compatível com a tutela coletiva dos direitos e interesses de que trata.

Art. 49. Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil – Aplicam-se subsidiariamente às ações coletivas, no que não forem incompatíveis, as disposições do Código de Processo Civil, independentemente da Justiça competente para o processamento e julgamento.

Parágrafo único – Os recursos cabíveis e seu processamento seguirão o disposto no Código de Processo Civil e legislação correlata, no que não for incompatível.

Art. 50. Nova redação – Dê-se nova redação aos artigos de leis abaixo indicados:

a - Dê-se aos §§ 4º e 5º do art. 273 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), a seguinte redação:

“**Art. 273**

§4º. A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada, fundamentadamente, enquanto não se produza a preclusão da decisão que a concedeu (§1º do art. 273-B e art. 273-C).

§5º. Na hipótese do inciso I deste artigo, o juiz só concederá a tutela antecipada sem ouvir a parte contrária em caso de extrema urgência ou quando verificar que o réu, citado, poderá torná-la ineficaz”.

b - A Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), passa a vigorar acrescida dos seguintes arts.: 273-A, 273-B, 273-C, 273-D:

“**Art. 273-A.** A antecipação de tutela poderá ser requerida em procedimento antecedente ou na pendência do processo”.

“**Art. 273-B.** Aplicam-se ao procedimento previsto no art. 273-A, no que couber, as disposições do Livro III, Título único, Capítulo I deste Código.

§1º. Concedida a tutela antecipada em procedimento antecedente, é facultado, até 30 (trinta) dias contados da preclusão da decisão concessiva:

a) ao réu, propor demanda que vise à sentença de mérito;

b) ao autor, em caso de antecipação parcial, propor demanda que vise à satisfação integral da pretensão.

§2º. Não intentada a ação, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida”.

“**Art. 273-C.** Concedida a tutela antecipada no curso do processo, é facultado à parte interessada, até 30 (trinta) dias contados da preclusão da decisão concessiva, requerer seu prosseguimento, objetivando o julgamento de mérito.

Parágrafo único. Não pleiteado o prosseguimento do processo, a medida antecipatória adquirirá força de coisa julgada nos limites da decisão proferida”.

“**Art. 273-D** Proposta a demanda (§ 1º do art. 273-B) ou retomado o curso do processo (art. 273-C), sua eventual extinção, sem julgamento do mérito, não ocasionará a ineficácia da medida antecipatória, ressalvada a carência da ação, se incompatíveis as decisões.”

c – O artigo 10 da Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951, passa a ter a seguinte redação:

Artigo 10: “Findo o prazo a que se refere o item I do art. 7º e ouvido, dentro de 5 (cinco) dias, o representante da pessoa jurídica de direito público, responsável pela conduta impugnada, os autos serão conclusos ao juiz, independentemente de solicitação da parte, para a decisão, a qual deverá ser proferida em 5 (cinco) dias, tenham sido ou não prestadas as informações pela autoridade coatora”.

d - O artigo 7º, inciso I, alínea “a”, da Lei n. 4717, de 29 de junho de 1965, passa a ter a seguinte redação:

Art. 7º “.....

I

a – além da citação dos réus, a intimação do representante do Ministério Público, que poderá intervir no processo como litisconsorte ou fiscal da lei, devendo fazê-lo obrigatoriamente quando se tratar, a seu exclusivo critério, de interesse público relevante, vedada, em qualquer caso, a defesa dos atos impugnados ou de seus autores.”

e- Acrescente-se ao artigo 18 da Lei n. 4717, de 29 de junho de 1965 um parágrafo único, com a seguinte redação:

Art. 18 - “.....

Parágrafo único – Mesmo na hipótese de improcedência fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, no prazo de 2 (dois) anos contados do conhecimento geral da descoberta de prova nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea, por si só, para mudar seu resultado.”

f - Acrescentem-se ao artigo 17 da Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992, dois parágrafos, numerados como 1º e 2º, renumerando-se os atuais parágrafos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11 e 12 como 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 12, 13 e 14.

Art.17 – “.....

§ 1º – Nas hipóteses em que, pela natureza e circunstâncias de fato ou pela condição dos responsáveis, o interesse social não apontar para a necessidade de pronta e imediata intervenção do Ministério Público, este, a seu exclusivo

critério, poderá, inicialmente, provocar a iniciativa do Poder Público co-legitimado, zelando pela observância do prazo prescricional e, sendo proposta a ação, intervir nos autos respectivos como fiscal da lei, nada obstando que, em havendo omissão, venha a atuar posteriormente, inclusive contra a omissão, se for o caso.

§ 2º - No caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, a pessoa jurídica interessada integrará a lide na qualidade de litisconsorte, cabendo-lhe apresentar ou indicar os meios de prova de que disponha.

§ 3º

§ 4º

§ 5º

§ 6º

§ 7º

§ 8º

§ 9º

§ 10.....

§ 11.....

§ 12.....

§ 13.....

§ 14.....”

g – O artigo 80 da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003, passa a ter a seguinte redação:

Art. 80: “As ações individuais movidas pelo idoso serão propostas no foro de seu domicílio, cujo juízo terá competência absoluta para processar e julgar a causa”.

Art. 51. Revogação – Revogam-se a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; os artigos 81 a 104 da Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990; o parágrafo 3º do artigo 5º da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965; os artigos 3º, 4º, 5º, 6º e 7º da Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989; o artigo 3º da Lei n. 7.913, de 7 de dezembro de 1989; os artigos 210, 211, 212, 213, 215, 217, 218, 219, 222, 223 e 224 da Lei n. 8.069, de 13 de junho de 1990; o artigo 2º da Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997; e os artigos 81, 82, 83, 85, 91, 92 e 93 da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003.

Art. 52. Vigência - Este Código entrará em vigor dentro de cento e oitenta dias a contar de sua publicação. **Dezembro de 2006**

ANEXO II

ANEXO II

ANTEPROJETO DE CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS

APRESENTAÇÃO DO ANTEPROJETO ELABORADO EM CONJUNTO NOS PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* DA UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (UERJ) E DA UNIVERSIDADE ESTÁCIO DE SÁ (UNESA)

1. Em termos legislativos, a história recente dos processos coletivos no Brasil encontra-se indissolúvelmente marcada por três diplomas: a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347), de 1985; a Constituição da República de 1988; e o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078), de 1990. Ao longo dos últimos vinte anos, pode-se dizer que houve não apenas o florescimento de um conjunto de normas pertinentes, mas também o desabrochar de substancial doutrina relacionada com as ações coletivas e a ocupação de um espaço crescente por parte da preocupação de docentes e discentes no meio acadêmico, consubstanciando o surgimento de uma nova disciplina: o Direito Processual Coletivo.
2. A experiência brasileira em torno das ações coletivas, englobando a ação popular, desde 1934, é rica e vem servindo de inspiração até mesmo para outros países. Nesse sentido, forçosa é a menção ao Código Modelo de Processos Coletivos, editado pelo Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, no ano de 2004, que foi elaborado com a participação de quatro professores brasileiros: Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Antonio Gidi e Kazuo Watanabe.
3. Os processos coletivos passaram a servir de instrumento principalmente para os denominados novos direitos, como o do meio ambiente e dos consumidores, desdobrando-se, ainda, em estatutos legislativos específicos, como a Lei n. 7.853, dispondo sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência; a Lei n. 7.913, para proteção dos investidores em valores mobiliários; a Lei n. 8.069, para a defesa das crianças e dos adolescentes; a Lei n. 8.429, contra a improbidade administrativa; a Lei n. 8.884, contra as infrações da ordem econômica e da economia popular e a Lei n. 10.741, dispondo sobre o Estatuto do Idoso, prevendo expressamente a defesa coletiva dos respectivos interesses e direitos. Entretanto, o caminho legislativo percorrido não foi apenas de avanços. Em determinados momentos, a tutela jurisdicional coletiva sofreu reveses, ressaltando-se as restrições impostas ao objeto das ações coletivas, pela Medida Provisória n. 2.180-35, e a tentativa de confinamento dos efeitos do julgado coletivo nos limites da competência territorial do órgão prolator da sentença, ditado pela Lei n. 9.494.
4. Os resultados colhidos do dia-a-dia forense e dos debates acadêmicos demonstram que as soluções oferecidas pelos processos coletivos podem e devem ser aperfeiçoadas. Os princípios e normas gerais pertinentes aos processos coletivos precisam ser reunidos em um estatuto codificado, dando tratamento sistemático e atual para a tutela coletiva, bem como preenchendo as lacunas existentes e dando respostas às dúvidas e controvérsias que grassam no meio jurídico. A elaboração

recente do Código Modelo para Processos Coletivos, no âmbito dos países ibero-americanos, reavivou e consolidou a vontade de se repensar a legislação brasileira em torno das ações coletivas. Nesse sentido, foi elaborado, sob a coordenação da Professora Ada Pellegrini Grinover, na esfera da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), um primeiro Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, oferecido à discussão e sendo nesse sentido enviado aos membros do Instituto Brasileiro de Direito Processual.

5. Os programas de Mestrado em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e da Universidade Estácio de Sá (UNESA) foram pioneiros na introdução de disciplinas voltadas para o estudo dos processos coletivos, respectivamente denominadas de Direito Processual Coletivo e Tutela dos Interesses Coletivos. Procurando honrar a tradição de eminentes processualistas do Estado do Rio de Janeiro, como Machado Guimarães, José Carlos Barbosa Moreira, Luiz Fux, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Sérgio Bermudes, Leonardo Greco e Carreira Alvim, a discussão em torno do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos desenvolveu-se, paralela e concomitantemente, ao longo de todo o primeiro semestre letivo de 2005, dando prosseguimento aos debates realizados no ano de 2004, em torno do Código Modelo de Processos Coletivos e de reflexões comparativas, que procuravam, em especial, apontar para uma maior efetividade do processo coletivo, com o seu fortalecimento e consecução dos seus escopos de acesso à Justiça, de economia processual e judicial, de celeridade na prestação jurisdicional, de preservação do princípio da isonomia em relação ao direito material e do equilíbrio entre as partes na relação processual.
6. Por felicidade, o grupo reunido, sob a coordenação do Professor e Juiz Federal Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, docente das supramencionadas disciplinas, contou com a participação de pessoas com larga experiência em termos de atuação junto a processos coletivos e uma ampla diversidade e pluralidade, em termos de origem e experiência profissional, o que enriqueceu os debates e permitiu que as questões fossem vistas de modo multifacetário. Elaboraram propostas e participaram das discussões os seguintes integrantes dos programas de pós-graduação *stricto sensu* da UERJ e da UNESA: Adriana Silva de Britto (Defensora Pública), Cláudia Abreu Lima Pisco (Juíza do Trabalho), Diogo Medina Maia (Advogado), Guadalupe Louro Turos Couto (Procuradora do Trabalho), Luiz Norton Baptista de Mattos (Juiz Federal), Márcio Barra Lima (Procurador da República), Maria Carmen Cavalcanti de Almeida (Promotora de Justiça), Mariana Romeiro de Albuquerque Mello (Advogada), Marília de Castro Neves Vieira (Procuradora de Justiça), Paula Maria de Castro Barbosa (Advogada e Pesquisadora), Ana Paula Correia Hollanda (Promotora de Justiça), Andrea Cruz Salles (Advogada), Caio Márcio G. Taranto (Juiz Federal), Carlos Roberto de Castro Jatahy (Procurador de Justiça), Heloisa Maria Daltro Leite (Procuradora de Justiça), José Antônio Fernandes Souto (Promotor de Justiça), José Antônio Ocampo Bernárdez (Promotor de Justiça), Larissa Ellwanger Fleury Ryff (Promotora de Justiça), Marcelo Daltro Leite (Procurador de Justiça), Miriam Tayah Chor (Promotora de Justiça), Mônica dos Santos Ferreira (Advogada) e Vanice Lírio do Valle (Procuradora do Município).
7. A idéia inicial, voltada para a apresentação de sugestões e propostas para a melhoria do anteprojeto formulado em São Paulo, acabou evoluindo para uma reestruturação mais ampla do texto original, com o intuito de se oferecer uma proposta coerente, clara e comprometida com o fortalecimento dos processos

coletivos, culminando com a elaboração de um novo Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, que ora é trazido à lume e oferecido ao Instituto Brasileiro de Direito Processual, aos meios acadêmicos, aos estudiosos e operadores do Direito e à sociedade, como proposta para ser cotejada e discutida.

8. O Anteprojeto formulado no Rio de Janeiro encontra-se estruturado em cinco partes: I – Das ações coletivas em geral; II – Das ações coletivas para a defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos; III – Da ação coletiva passiva; IV – Dos procedimentos especiais; V – Disposições finais.
9. Na primeira parte, o Capítulo I contém dois artigos introdutórios, que estatuem a admissibilidade de todas as espécies de ações para a consecução da tutela jurisdicional coletiva, bem como o seu objeto, mediante a tradicional divisão ternária dos interesses e direitos difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos, além de afastar a possibilidade de pedido de declaração de inconstitucionalidade, salvo como questão prejudicial, na via do controle difuso. O Capítulo II, que trata dos pressupostos processuais e das condições da ação coletiva, possui três Seções. Na primeira – Do órgão judiciário, encontram-se disciplinados a competência territorial, a prioridade de processamento para os processos coletivos, a especialização de juízos para o processamento e julgamento de processos coletivos e a conexão, ficando prevento o juízo perante o qual foi distribuída a primeira demanda coletiva, para os demais processos conexos, ainda quando diversos os sujeitos processuais. A segunda Seção regula a litispendência, deixando expressa a sua existência quando houver o mesmo pedido, causa de pedir e interessados, e a continência, dando a este último instituto um tratamento inovador e consentâneo com a sua natureza. A terceira Seção do Capítulo II dispõe sobre as condições específicas da ação coletiva, estabelecendo, como requisitos, a representatividade adequada e a relevância social da tutela coletiva, bem como o rol dos legitimados ativos, que, consentâneo com a perspectiva de ampliação do acesso à Justiça, do fortalecimento dos instrumentos coletivos de prestação jurisdicional e com as diretrizes do Código Modelo de Processos Coletivos, passa por um alargamento substancial, na qual figuram a pessoa natural, para a defesa dos direitos ou interesses difusos; o membro do grupo, categoria ou classe, para a proteção dos direitos ou interesses coletivos e individuais homogêneos; o Ministério Público, para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos de interesse social; a Defensoria Pública, quando os interessados forem predominantemente hipossuficiente; as pessoas jurídicas de direito público interno; as entidades e órgãos da Administração Pública; as entidades sindicais, para a defesa da categoria; os partidos políticos e as associações legalmente constituídas. O Capítulo III cuida da comunicação sobre processos repetitivos, do inquérito civil e do compromisso de ajustamento de conduta. O Capítulo IV – Da postulação, estabelece regramento em termos de custas e honorários, da instrução da petição inicial, do pedido, dos efeitos da citação e da audiência preliminar, além de prever a possibilidade do juiz ouvir a parte contrária, com prazo de 72 (setenta e duas) horas, antes de conceder liminar ou tutela antecipada, quando entender conveniente e não houver prejuízo para a efetividade da medida. Em seguida, o Capítulo V prevê a denominada carga dinâmica da prova, com a incumbência do ônus da prova recaindo sobre a parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos ou maior facilidade em sua demonstração. O Capítulo VI, cuidando do julgamento, do recurso e da coisa julgada, inova ao unificar o sistema de coisa julgada para os direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, ou seja, em todas

as hipóteses haverá a coisa julgada *erga omnes*, salvo se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas. Por conseguinte, a sentença proferida, em processo coletivo, em torno dos direitos individuais homogêneos é fortalecida, pois será vinculativa também quando houver julgamento de improcedência do pedido fora das hipóteses de insuficiência de provas. O texto proposto estabelece, ainda, expressamente, que a competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*. O Capítulo VII trata das obrigações específicas de fazer, não fazer e de dar, bem como da reparação de danos provocados ao bem indivisivelmente considerado. No Capítulo VIII, são reguladas a liquidação e a execução em geral. Por fim, o Capítulo IX da Parte I cria o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, sob a incumbência do Conselho Nacional de Justiça, com a finalidade de permitir que todos os órgãos do Poder Judiciário e todos os interessados tenham conhecimento da existência das ações coletivas, e edita norma geral pertinente ao Fundo dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos, que será administrado por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais.

10. A Parte II, destinada às ações coletivas para a defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos, talvez seja a mais inovadora no Anteprojeto formulado no Rio de Janeiro. As modificações procuraram atentar para uma realidade de certo modo perversa que vem se mantendo ao longo dos últimos vinte anos: as ações coletivas não estavam obtendo pleno sucesso no sentido de serem, de fato, as grandes catalisadoras desses anseios e de serem realmente o instrumento efetivo e útil para a solução dos problemas individuais decorrentes de origem comum. Não lograram, assim, ser um modo capaz de resolver o conflito de muitos mediante um único processo coletivo. Por conseguinte, o Poder Judiciário continuou e continua a receber centenas, milhares e milhões de demandas individuais, que poderiam encontrar solução muito mais econômica mediante um processo coletivo, levando a um crescente esgotamento por parte dos órgãos judiciais, que se vêm envolvidos com um número enorme e comprometedor, em termos de qualidade e celeridade dos serviços prestados. Os exemplos são inúmeros: expurgos nas cadernetas de poupança e no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), reajuste de benefícios previdenciários, de vencimentos e de salários, questões tributárias nas esferas municipais, estaduais e federal etc. O motivo pode ser facilmente percebido: o sistema vigente banaliza os processos coletivos, ao permitir o surgimento e tramitação concomitantes destes com os processos individuais, que podem ser instaurados até mesmo quando já existe decisão coletiva transitada em julgado, ensejando insegurança e certa perplexidade diante da possibilidade da lide estar sendo apreciada, ao mesmo tempo, no âmbito coletivo e individual. Propõe-se, assim, uma remodelagem no sistema, a partir do fortalecimento e da priorização do processo coletivo, sem que haja, contudo, prejuízo para o acesso individual. O ajuizamento ou prosseguimento de ação individual versando sobre direito ou interesse, que esteja sendo objeto de ação coletiva, pressupõe a exclusão tempestiva e regular do processo coletivo. Para tanto, se prevê a comunicação dos interessados, que poderá ser feita pelo correio, por oficial de justiça, por edital ou por inserção em outro meio de comunicação ou informação, como contracheque, conta, fatura, extrato bancário etc. O ajuizamento da ação coletiva ensejará a suspensão, por trinta dias, dos processos individuais que versem sobre direito ou interesse que esteja sendo objeto no processo coletivo. Dentro do prazo de suspensão, os autores individuais poderão requerer a continuação do respectivo processo individual, sob pena de extinção sem o julgamento do mérito. Os

interessados que, quando da comunicação, não possuírem ação individual ajuizada e não desejarem ser alcançados pelos efeitos das decisões proferidas na ação coletiva poderão optar entre o requerimento de exclusão ou o ajuizamento de ação individual no prazo assinalado, hipótese que equivalerá à manifestação expressa de exclusão. Como requisito específico para a ação coletiva para a defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos, estabelece o Anteprojeto a necessidade de aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e a utilidade da tutela coletiva no caso concreto. O Anteprojeto procura afastar, ainda, os riscos de indeferimento indevido ou de retardamento do andamento do processo em razão da falta inicial de determinação dos interessados, que poderá ocorrer no momento da liquidação ou execução do julgado. Os artigos 30 a 40 regulam detalhadamente os processos coletivos para a defesa dos direitos e interesses individuais homogêneos, com regras pertinentes à citação e notificações, à relação entre ação coletiva e ações individuais, à possibilidade de intervenção dos interessados mediante a assistência e aos efeitos da transação. Em relação à sentença condenatória, o Anteprojeto estabelece que, sempre que for possível, o juiz fixará na sentença do processo coletivo o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo, categoria ou classe, procurando, assim, dar maior efetividade e celeridade para a satisfação plena, procurando romper com a sistemática da condenação genérica no processo coletivo e as subseqüentes liquidações e execuções individuais, que acabam sendo complexas e demoradas, não sendo sequer realizadas por uma boa parte dos interessados em potencial, devendo, assim, ser deixada para um segundo plano, ou seja, apenas quando for impossível a prolação de sentença líquida. Em termos de competência para a liquidação e execução, o texto proposto estabelece prioridade também para as liquidações e execuções coletivas, que serão processadas perante o juízo da sentença condenatória. Mas, quando houver liquidações ou execuções individuais, o foro competente será o do domicílio do demandante individual ou do demandado, pois a concentração de milhares ou milhões de liquidações e/ou execuções individuais no juízo da ação coletiva condenatória propiciaria a inviabilização do órgão judicial especializado ou prevento para as demandas coletivas. O Anteprojeto deixa claro, também, que, quando a execução for coletiva, os valores destinados ao pagamento das indenizações individuais serão depositados em instituição bancária oficial, abrindo-se conta remunerada e individualizada para cada beneficiário. Previu, ainda, regras subsidiárias pertinentes às liquidações e execuções individuais e ao concurso de créditos entre condenações pelos prejuízos coletiva e individualmente considerados.

11. A Parte III foi destinada à ação coletiva passiva, que passaria a ser mencionada expressamente na nova legislação. A redação prevista no Anteprojeto inicialmente formulado na USP estabelecia expressamente, em termos de direitos e interesses individuais homogêneos, que “a coisa julgada atuará *erga omnes* no plano coletivo, mas a sentença de procedência não vinculará os membros do grupo, categoria ou classe, que poderão mover ações próprias ou defender-se no processo de execução para afastar a eficácia da decisão na sua esfera jurídica individual”. Da simples leitura, pode-se constatar a inocuidade da norma, impondo-se indagar: quem iria propor uma demanda coletiva passiva, sabendo, de antemão, que o melhor resultado possível, ou seja, o julgamento de procedência do pedido, praticamente nenhum valor teria, pois a ninguém vincularia? Portanto, o demandante estaria fadado a perder ou a não ganhar nada, podendo-se antever, desde já, que a nova regulação estaria por soterrar a malfadada ação coletiva passiva, tal qual nos

moldes propostos. O texto proposto no Anteprojeto ora apresentado corrige o problema, estabelecendo simplesmente a vinculação dos membros do grupo, categoria ou classe.

12. A Parte IV, destinada aos procedimentos especiais em termos de tutela coletiva, encontra-se subdividida em quatro capítulos: Do mandado de segurança coletivo; Do mandado de injunção coletivo; Da ação popular; e Da ação de improbidade administrativa. Cogita-se, ainda, da elaboração de um quinto capítulo, para a regulação dos dissídios coletivos. Procurou-se respeitar, nessa parte, as normas vigentes, salvo em relação ao mandado de injunção coletivo, diante da lacuna legal existente. Registre-se, na espécie, que a redação originária do anteprojeto formulado em São Paulo, corretamente, procurava dispor o instituto nos moldes pugnados pela doutrina, para dar à sentença concessiva do mandado a formulação, com base na equidade, de norma regulamentadora para o caso concreto. A nova redação, agora apresentada, mantém a orientação, sem descuidar, no entanto, do aspecto pertinente ao controle e regularização da omissão existente, estabelecendo, para tanto, o litisconsórcio obrigatório entre a autoridade ou órgão público competente para a edição da norma regulamentadora e a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que impossibilite o exercício do direito no caso concreto, e, na sentença, a comunicação da caracterização da mora legislativa constitucionalmente qualificada ao Poder competente, para que possa ser suprida, conciliando, assim, a consagrada jurisprudência conferida pelo Supremo Tribunal Federal com a pretendida efetividade do mandado de injunção coletivo para a regulação do caso concreto.
13. Por último, a Parte V, que cuida das disposições finais, dispõe sobre os princípios de interpretação, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil às ações coletivas, a instalação de órgãos especializados para o processamento e julgamento de demandas coletivas, no âmbito da União e dos Estados, e a vigência do Código Brasileiro de Processos Coletivos, dentro de um ano a contar da publicação da lei. O Anteprojeto procura, ainda, corrigir e adaptar algumas normas vigentes em outros estatutos legais, bem como revogar expressamente os dispositivos incompatíveis com o novo texto.
14. Na esperança que o presente Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos possa representar uma efetiva contribuição para o aprimoramento do acesso à Justiça, para a melhoria na prestação jurisdicional e para a efetividade do processo, leva-se à lume a proposta formulada, submetendo-a aos estudiosos do assunto, aos profissionais do Direito e a toda a sociedade, para que possa ser amplamente analisada e debatida.

Rio de Janeiro, agosto de 2005.

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes

Professor Doutor de Direito Processual Civil na UERJ e UNESA

Juiz Federal

Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual,
do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual
e da Associação Internacional de Direito Processual.

ANTEPROJETO DE CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS

PARTE I – DAS AÇÕES COLETIVAS EM GERAL

Capítulo I – Da tutela coletiva

Art. 1º. Da tutela jurisdicional coletiva Para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos são admissíveis, além das previstas neste Código, todas as espécies de ações e provimentos capazes de proporcionar sua adequada e efetiva tutela.

Art. 2º. Objeto da tutela coletiva A ação coletiva será exercida para a tutela de:

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

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

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

Parágrafo único - Não se admitirá ação coletiva que tenha como pedido a declaração de inconstitucionalidade, mas esta poderá ser objeto de questão prejudicial, pela via do controle difuso.

Capítulo II – Dos pressupostos processuais e das condições da ação

Seção I – Do órgão judiciário

Art. 3º. Competência territorial É competente para a causa o foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano.

§1º. Em caso de abrangência de mais de um foro, determinar-se-á a competência pela prevenção, aplicando-se as regras pertinentes de organização judiciária.

§ 2º. Em caso de dano de âmbito nacional, serão competentes os foros das capitais dos estados e do distrito federal.

Redação aprovada na UNESA: Art. 3º. Competência territorial É competente para a causa o foro do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano.

Parágrafo único. Em caso de abrangência de mais de um foro, determinar-se-á a competência pela prevenção, aplicando-se as regras pertinentes de organização judiciária.

Art. 4º. Prioridade de processamento O juiz dará prioridade ao processamento da ação coletiva.

Art. 5º. Juízos especializados As ações coletivas serão processadas e julgadas em juízos especializados, quando existentes.

Art. 6º. Conexão Se houver conexão entre causas coletivas, de qualquer espécie, ficará prevento o juízo perante o qual a demanda foi distribuída em primeiro lugar, devendo o juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar a reunião de todos os processos, mesmo que nestes não atuem integralmente os mesmos sujeitos processuais.

SEÇÃO II – DA LITISPENDÊNCIA E DA CONTINÊNCIA

Art. 7º. Litispendência e continência A primeira ação coletiva induz litispendência para as demais ações coletivas que tenham o mesmo pedido, causa de pedir e interessados.

§ 1º. Estando o objeto da ação posteriormente proposta contido no da primeira, será extinto o processo ulterior sem o julgamento do mérito.

§ 2º. Sendo o objeto da ação posteriormente proposta mais abrangente, o processo ulterior prosseguirá tão somente para a apreciação do pedido não contido na primeira demanda, devendo haver a reunião dos processos perante o juiz prevento em caso de conexão.

§ 3º. Ocorrendo qualquer das hipóteses previstas neste artigo, as partes poderão requerer a extração ou remessa de peças processuais, com o objetivo de instruir o primeiro processo instaurado.

SEÇÃO III – DAS CONDIÇÕES ESPECÍFICAS DA AÇÃO COLETIVA E DA LEGITIMAÇÃO ATIVA

Art. 8º. Requisitos específicos da ação coletiva São requisitos específicos da ação coletiva, a serem aferidos em decisão especificamente motivada pelo juiz:

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.

§ 1º. Na análise da representatividade adequada o juiz deverá examinar dados como:

- a) a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado;
- b) seu histórico de 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 do legitimado 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.

§ 2º. 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 3º. do artigo seguinte.

Art. 9º. Legitimação ativa São legitimados concorrentemente à ação coletiva:

I – qualquer pessoa física, para a defesa dos direitos ou interesses difusos;

II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos direitos ou interesses coletivos e individuais homogêneos;

III – o Ministério Público, para a defesa dos direitos ou interesses difusos e coletivos, bem como dos individuais homogêneos de interesse social;

IV – a Defensoria Pública, para a defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, quando os interessados forem, predominantemente, hipossuficientes;

V – as pessoas jurídicas de direito público interno, para a defesa dos direitos ou interesses difusos e coletivos relacionados às suas funções;

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

VII – as entidades sindicais, para a defesa dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos ligados à categoria;

VIII – os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais;

IX – as associações legalmente constituídas e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos direitos ou interesses protegidos neste código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º. Será admitido o litisconsórcio facultativo entre os legitimados.

§ 2º. Em caso de interesse social, o Ministério Público, se não ajuizar a ação ou não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.

§ 3º. Em caso de inexistência inicial ou superveniente do requisito da representatividade adequada, de desistência infundada ou abandono da ação, o juiz notificará o Ministério Público, observado o disposto no inciso III, e, na medida do possível, outros legitimados adequados para o caso, a fim de que assumam, querendo, a titularidade da ação. Havendo inércia do Ministério Público, aplica-se o disposto no parágrafo único do artigo 10 deste código.

Capítulo III – Da comunicação sobre processos repetitivos, do inquérito civil e do compromisso de ajustamento de conduta

Art. 10 Comunicação sobre processos repetitivos O juiz, tendo conhecimento da existência de diversos processos individuais correndo contra o mesmo demandado, com idêntico fundamento, comunicará o fato ao Ministério Público e, na medida do possível, a outros legitimados (art. 9º), a fim de que proponham, querendo, ação coletiva.

Parágrafo único – Caso o Ministério Público não promova a ação coletiva, no prazo de 90 (noventa) dias, fará a remessa do expediente recebido ao órgão com atribuição para a homologação ou rejeição da promoção de arquivamento do inquérito civil, para que, do mesmo modo, delibere em relação à propositura ou não da ação coletiva.

Art.11 Inquérito civil. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, nos termos do disposto em sua Lei Orgânica.

§ 1º. Se o órgão do Ministério Público, esgotadas todas as diligências, se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente.

§ 2º. Os autos do inquérito civil ou das peças informativas arquivadas serão remetidos, sob pena de se incorrer em falta grave, no prazo de 10 (dez) dias, ao órgão com atribuição para homologação, na forma da Lei Orgânica.

§ 3º. Até que, em sessão do órgão com atribuição para homologação, seja homologada ou rejeitada a promoção, poderão os interessados apresentar razões escritas e documentos, que serão juntados aos autos do inquérito ou anexados às peças de informação.

§ 4º. Deixando o órgão com atribuição de homologar a promoção de arquivamento, designará, desde logo, outro membro do Ministério Público para o ajuizamento da ação.

Art. 12 Compromisso de ajustamento de conduta O Ministério Público e os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade de homologação judicial do compromisso, se assim requererem as partes.

Parágrafo único – Quando o compromisso de ajustamento for tomado por legitimado que não seja o Ministério Público, este deverá ser cientificado para que funcione como fiscal.

Capítulo IV – Da postulação

Art. 13 Custas e honorários Os autores da ação coletiva não adiantarão custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem serão condenados, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais.

§ 1º. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença condenará o demandado, se vencido, nas custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, bem como em honorários de advogados.

§ 2º. 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.

§ 3º. 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.

§ 4º O litigante de má-fé e os responsáveis pelos respectivos atos serão solidariamente condenados ao pagamento das despesas processuais, em honorários advocatícios e até o décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

Art. 14 Da instrução da inicial Para instruir a inicial, o legitimado, sem prejuízo das prerrogativas do Ministério Público, poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias.

§ 1º. As certidões e informações deverão ser fornecidas dentro de 15 (quinze) dias da entrega, sob recibo, dos respectivos requerimentos, e só poderão ser utilizadas para a instrução da ação coletiva.

§ 2º. Somente nos casos em que o sigilo for exigido para a defesa da intimidade ou do interesse social poderá ser negada a certidão ou informação.

§ 3º. Ocorrendo a hipótese do parágrafo anterior, a ação poderá ser proposta desacompanhada das certidões ou informações negadas, cabendo ao juiz, após apreciar os motivos do indeferimento, requisitá-las; feita a requisição, o processo correrá em segredo de justiça.

Art. 15 Pedido O juiz permitirá, até a decisão saneadora, a ampliação ou adaptação do objeto do processo, desde que, realizada de boa-fé, não represente prejuízo injustificado à parte contrária, à celeridade e ao bom andamento do processo e o contraditório seja preservado.

Art. 16 Contraditório para as medidas antecipatórias Para a concessão de liminar ou de tutela antecipada nas ações coletivas, o juiz poderá ouvir, se entender conveniente e não houver prejuízo para a efetividade da medida, a parte contrária, que deverá se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas.

Art. 17 Efeitos da citação A citação válida para a ação coletiva interrompe o prazo de prescrição das pretensões individuais e transindividuais relacionadas com a controvérsia, retroagindo o efeito à data da propositura da demanda.

Art. 18 Audiência preliminar Encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

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

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

§ 3º. Preservada a indisponibilidade do bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação.

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

§ 5º. Não obtida a conciliação, sendo ela parcial, ou quando, por qualquer motivo, não for adotado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:

I – decidirá se a ação tem condições de prosseguir na forma coletiva, certificando-a como coletiva;

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

III – fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se for o caso;
IV – esclarecerá os encargos das partes quanto à distribuição do ônus da prova, de acordo com o disposto no parágrafo 1º. do artigo seguinte.

CAPÍTULO V – DA PROVA

Art. 19 Provas São admissíveis em juízo todos os meios de prova, desde que obtidos por meios lícitos, incluindo a prova estatística ou por amostragem.

§ 1º. O ônus da prova incumbe à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração, cabendo ao juiz deliberar sobre a distribuição do ônus da prova por ocasião da decisão saneadora.

§ 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, concedendo à parte a quem for atribuída a incumbência prazo razoável para a produção da prova, observado o contraditório em relação à parte contrária.

§ 3º. O juiz poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

CAPÍTULO VI – DO JULGAMENTO, DO RECURSO E DA COISA JULGADA

Art. 20 Motivação das decisões judiciais Todas as decisões deverão ser especificamente fundamentadas, especialmente quanto aos conceitos jurídicos indeterminados.

Parágrafo único Na sentença de improcedência, o juiz deverá explicitar, no dispositivo, se rejeita a demanda por insuficiência de provas.

Art. 21 Efeitos do recurso da sentença O recurso interposto contra a sentença 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.

Art. 22 Coisa julgada Nas ações coletivas a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, salvo quando o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas.

§ 1º. Os efeitos da coisa julgada para a defesa de interesses difusos e coletivos em sentido estrito ficam adstritos ao plano coletivo, não prejudicando interesses e direitos individuais homogêneos reflexos.

§ 2º. Os efeitos da coisa julgada em relação aos interesses ou direitos difusos e coletivos não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas coletiva ou individualmente, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos do art.37 e seguintes.

§ 3º. Na hipótese dos interesses ou direitos individuais homogêneos, apenas não estarão vinculados ao pronunciamento coletivo os titulares de interesses ou direitos que tiverem exercido tempestiva e regularmente o direito de ação ou exclusão.

§ 4º. A competência territorial do órgão julgador não representará limitação para a coisa julgada *erga omnes*.

CAPÍTULO VII – DAS OBRIGAÇÕES ESPECÍFICAS

Art. 23 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.

§ 1º. 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.

§ 2º. O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

§ 3º. 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 da requisição de força policial.

§ 4º. 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.

§ 5º. A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa.

Art. 24 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.

Art. 25 Ação indenizatória Na ação condenatória à reparação dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, a indenização reverterá ao Fundo dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos, de natureza federal ou estadual, de acordo com o bem ou interesse afetado.

§ 1º. Dependendo da especificidade do bem jurídico afetado, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias consideradas relevantes, o juiz poderá especificar, em decisão fundamentada, a destinação da indenização e as providências a serem tomadas para a reconstituição dos bens lesados, podendo indicar a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado.

§ 2º. A decisão que especificar a destinação da indenização indicará, de modo claro e preciso, as medidas a serem tomadas pelo Conselho Gestor do Fundo, bem como um prazo razoável para que tais medidas sejam concretizadas.

§ 3º. Vencido o prazo fixado pelo juiz, o Conselho Gestor do Fundo apresentará relatório das atividades realizadas, facultada, conforme o caso, a solicitação de sua prorrogação, para completar as medidas determinadas na decisão judicial.

§ 4º. Aplica-se ao descumprimento injustificado dos parágrafos 2º. e 3º. o disposto no parágrafo 2º. do artigo 29.

CAPÍTULO VIII – DA LIQUIDAÇÃO E DA EXECUÇÃO

Art. 26 Legitimação à liquidação e execução da sentença condenatória Decorridos 60 (sessenta) dias da passagem em julgado da sentença de procedência, sem que o autor da ação coletiva promova a liquidação ou execução coletiva, deverá fazê-lo o Ministério Público, quando se tratar de interesse público, facultada igual iniciativa, em todos os casos, aos demais legitimados.

Art. 27 Execução definitiva e execução provisória A execução é definitiva quando passada em julgado a sentença; e provisória, na pendência dos recursos cabíveis.

§ 1º. A execução provisória corre por conta e risco do exequente, que responde pelos prejuízos causados ao executado, em caso de reforma da sentença recorrida.

§ 2º. A execução provisória não impede a prática de atos que importem em alienação do domínio ou levantamento do depósito em dinheiro.

§ 3º. A pedido do executado, o juiz pode suspender a execução provisória quando dela puder resultar lesão grave e de difícil reparação.

Capítulo IX – Do cadastro nacional de processos coletivos e do Fundo de Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos

Art. 28 Cadastro nacional de processos coletivos O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o cadastro nacional de processos coletivos, com a finalidade de permitir que todos os órgãos do Poder Judiciário e todos os interessados tenham conhecimento da existência das ações coletivas, facilitando a sua publicidade e o exercício do direito de exclusão.

§ 1º. Os órgãos judiciários aos quais forem distribuídas ações coletivas remeterão, no prazo de dez dias, cópia da petição inicial ao cadastro nacional de processos coletivos.

§ 2º. O Conselho Nacional de Justiça editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do cadastro nacional de processos coletivos, em especial a forma de comunicação pelos juízos quanto à existência das ações coletivas e aos atos processuais mais relevantes, como a concessão de antecipação de tutela, a sentença e o trânsito em julgado; disciplinará, ainda, sobre os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e o acompanhamento daquelas por qualquer interessado.

Art. 29 Fundo dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos O fundo será administrado por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais, de que participarão necessariamente membros do Ministério Público, juízes e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados ou, não sendo possível, à realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita, dentre outras que beneficiem o bem jurídico prejudicado.

§ 1º. Além da indenização oriunda de sentença condenatória, nos termos do disposto no caput do art. 25, constituem também receitas do Fundo o produto da arrecadação de multas judiciais e da indenização devida quando não for possível o cumprimento da obrigação pactuada em termo de ajustamento de conduta.

§ 2º. O representante legal do Fundo, considerado servidor público para efeitos legais, responderá por sua atuação nas esferas administrativa, penal e civil.

§ 3º. O Fundo será notificado da propositura de toda ação coletiva e da decisão final do processo.

§ 4º. O Fundo manterá e divulgará registros que especifiquem a origem e a destinação dos recursos e indicará a variedade dos bens jurídicos a serem tutelados e seu âmbito regional.

§ 5º. Semestralmente, o Fundo dará publicidade às suas demonstrações financeiras e atividades desenvolvidas.

PARTE II – DAS AÇÕES COLETIVAS PARA A DEFESA DOS DIREITOS OU INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

Art. 30 Da ação coletiva para a defesa dos direitos ou interesses individuais homogêneos Para a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos, além dos requisitos indicados no art. 8º. deste Código, é necessária a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto.

Art. 31 Determinação dos interessados A determinação dos interessados poderá ocorrer no momento da liquidação ou execução do julgado, não havendo necessidade de a petição inicial estar acompanhada da relação dos membros do grupo, classe ou categoria. Conforme o caso, poderá o juiz determinar, ao réu ou a terceiro, a apresentação da relação e dados de pessoas que se enquadram no grupo, categoria ou classe.

Art. 32 Citação e notificações Estando em termos a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu, a publicação de edital no órgão oficial e a comunicação dos interessados, titulares dos direitos ou interesses individuais homogêneos objeto da ação coletiva, para que possam

exercer no prazo fixado seu direito de exclusão em relação ao processo coletivo, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social.

§ 1º. Não sendo fixado pelo juiz o prazo acima mencionado, o direito de exclusão poderá ser exercido até a publicação da sentença no processo coletivo.

§ 2º. A comunicação prevista no *caput* poderá ser feita pelo correio, por oficial de justiça, por edital ou por inserção em outro meio de comunicação ou informação, como contracheque, conta, fatura, extrato bancário e outros, sem obrigatoriedade de identificação nominal dos destinatários, que poderão ser caracterizados enquanto titulares dos mencionados interesses, fazendo-se referência à ação e às partes, bem como ao pedido e à causa de pedir, observado o critério da modicidade do custo.

Art. 33 Relação entre ação coletiva e ações individuais O ajuizamento ou prosseguimento da ação individual versando sobre direito ou interesse que esteja sendo objeto de ação coletiva pressupõe a exclusão tempestiva e regular desta.

§ 1º. O ajuizamento da ação coletiva ensejará a suspensão, por trinta dias, a contar da ciência efetiva desta, dos processos individuais em tramitação que versem sobre direito ou interesse que esteja sendo objeto no processo coletivo.

§ 2º. Dentro do prazo previsto no parágrafo anterior, os autores das ações individuais poderão requerer, nos autos do processo individual, sob pena de extinção sem julgamento do mérito, que os efeitos das decisões proferidas na ação coletiva não lhes sejam aplicáveis, optando, assim, pelo prosseguimento do processo individual.

§ 3º. Os interessados que, quando da comunicação, não possuírem ação individual ajuizada e não desejarem ser alcançados pelos efeitos das decisões proferidas na ação coletiva poderão optar entre o requerimento de exclusão ou o ajuizamento da ação individual no prazo assinalado, hipótese que equivalerá à manifestação expressa de exclusão.

§ 4º. Não tendo o juiz deliberado acerca da forma de exclusão, esta ocorrerá mediante simples manifestação dirigida ao juiz do respectivo processo coletivo ou ao órgão incumbido de realizar a nível nacional o registro das ações coletivas, que poderão se utilizar eventualmente de sistema integrado de protocolo.

§ 5º. O requerimento de exclusão, devida e tempestivamente protocolizado, consistirá em documento indispensável para a propositura de ulterior demanda individual.

Art. 34 Assistência Os titulares dos direitos ou interesses individuais homogêneos poderão intervir no processo como assistentes, sendo-lhes vedado discutir suas pretensões individuais no processo coletivo de conhecimento.

Art. 35 Efeitos da transação As partes poderão transacionar, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de se desvincularem da transação, dentro do prazo fixado pelo juiz.

Parágrafo único – Os titulares dos direitos ou interesses individuais homogêneos serão comunicados, nos termos do art. 32, para que possam exercer o seu direito de exclusão, em prazo não inferior a 60 (sessenta) dias.

Art. 36 Sentença condenatória Sempre que possível, em caso de procedência do pedido, o juiz fixará na sentença do processo coletivo o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo, categoria ou classe.

§ 1º. Quando o valor dos danos sofridos pelos membros do grupo, categoria ou classe for uniforme, prevalentemente uniforme ou puder ser reduzido a uma fórmula matemática, a sentença coletiva indicará o valor ou a fórmula do cálculo da indenização individual.

§ 2º. Não sendo possível a prolação de sentença coletiva líquida, a condenação poderá ser genérica, fixando a responsabilidade do demandado pelos danos causados e o dever de indenizar.

Art. 37 Competência para a liquidação e a execução É competente para a liquidação e a execução o juízo:

I – da ação condenatória, quando coletiva a liquidação ou a execução;

II – do domicílio do demandado ou do demandante individual, no caso de liquidação ou execução individual.

Art. 38 Liquidação e execução coletivas Sempre que possível, a liquidação e a execução serão coletivas, sendo promovidas pelos legitimados à ação coletiva.

Art. 39 Pagamento Quando a execução for coletiva, os valores destinados ao pagamento das indenizações individuais serão depositados em instituição bancária oficial, abrindo-se conta remunerada e individualizada para cada beneficiário; os respectivos saques, sem expedição de alvará, rege-se-ão pelas normas aplicáveis aos depósitos bancários e estarão sujeitos à retenção de imposto de renda na fonte, nos termos da lei.

Art. 40 Liquidação e execução individuais Quando não for possível a liquidação coletiva, a fixação dos danos e respectiva execução poderão ser promovidas individualmente.

§ 1º. Na liquidação de sentença, caberá ao liquidante provar, tão só, o dano pessoal, o nexo de causalidade e o montante da indenização.

§ 2º. Decorrido o prazo de um ano sem que tenha sido promovido um número de liquidações individuais compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados coletivos promover a liquidação e a execução coletiva da indenização devida pelos danos causados, hipótese em que:

I – O prazo previsto neste parágrafo prevalece sobre os prazos prescricionais aplicáveis à execução da sentença;

II – O valor da indenização será fixado de acordo com o dano globalmente causado, que será demonstrado por todas as provas admitidas em direito. Sendo a produção de provas difícil ou impossível, em razão da extensão do dano ou de sua complexidade, o valor da indenização será fixado por arbitramento;

III – Quando não for possível a identificação dos interessados, o produto da indenização reverterá para o Fundo dos Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos.

Art. 41 Concurso de créditos Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação de que trata o artigo 25 e de indenizações pelos prejuízos individuais resultantes do mesmo evento danoso, estes terão preferência no pagamento.

Parágrafo único – Para efeito do disposto neste artigo, a destinação da importância recolhida ao Fundo ficará suspensa enquanto pendentes de decisão de segundo grau as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas.

PARTE III – DA AÇÃO COLETIVA PASSIVA

Art. 42 Ação contra o grupo, categoria ou classe Qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado, nos termos do parágrafo 1º. do artigo 8º, e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual (art. 2º.) e se revista de interesse social.

Art. 43 Coisa julgada passiva A coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe.

Art. 44 Aplicação complementar à ação coletiva passiva Aplica-se complementarmente à ação coletiva passiva o disposto neste código quanto à ação coletiva ativa, no que não for incompatível.

PARTE IV – PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

Capítulo I – Do mandado de segurança coletivo

Art. 45 Cabimento Conceder-se-á mandado de segurança coletivo, nos termos dos incisos LXIX e LXX do artigo 5º. da Constituição Federal, para proteger direito líquido e certo relativo a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos (art. 2º.).

Art. 46 Disposições aplicáveis Aplica-se ao mandado de segurança coletivo o disposto neste código, inclusive no tocante às custas e honorários (art. 16), e na lei 1533/51, no que não for incompatível.

CAPÍTULO II – DO MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO

Art. 47 Cabimento Conceder-se-á mandado de injunção coletivo sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania, à cidadania, relativamente a direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Art. 48 Competência É competente para processar e julgar o mandado de injunção coletivo:
I - o Supremo Tribunal Federal, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição do Presidente da República, do Congresso Nacional, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, da Mesa de uma dessas Casas Legislativas, do Tribunal de Contas da União, de um dos Tribunais Superiores, ou do próprio Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo Único – Compete também ao Supremo Tribunal Federal julgar, em recurso ordinário, o mandado de injunção decidido em única ou última instância pelos Tribunais Superiores, se denegatória a decisão.

II - o Superior Tribunal de Justiça, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de órgão, entidade ou autoridade federal, da administração direta ou indireta, excetuados os casos de competência do Supremo Tribunal Federal e dos órgãos da Justiça Militar, da Justiça Eleitoral, da Justiça do Trabalho e da Justiça Federal.

III - O Tribunal de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, quando a elaboração da norma regulamentadora for atribuição de Governador, Assembléia Legislativa, Tribunal de Contas local, do próprio Tribunal de Justiça, de órgão, entidade ou autoridades estadual ou distrital, da administração direta ou indireta.

Art. 49 Legitimação passiva O mandado de injunção coletivo será impetrado, em litisconsórcio obrigatório, em face da autoridade ou órgão público competente para a edição da norma regulamentadora; e ainda da pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, que, por inexistência de norma regulamentadora, impossibilite o exercício dos direitos e liberdades constitucionais relativos a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Art. 50 Edição superveniente da norma regulamentadora Se a norma regulamentadora for editada no curso do mandado de injunção coletivo, o órgão jurisdicional apurará acerca da existência ainda de matéria não regulada, referente a efeitos pretéritos do dispositivo constitucional tardiamente regulado, prosseguindo, se for a hipótese, para julgamento da parte remanescente.

§ 1º Dispondo a norma regulamentadora editada no curso do mandado de injunção coletivo inclusive quanto ao período em que se verificara a omissão legislativa constitucionalmente relevante, o processo será extinto sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI do Código de Processo Civil, ficando o autor coletivo dispensando do pagamento de custas, despesas e honorários advocatícios.

§ 2º A norma regulamentadora, editada após o ajuizamento do mandado de injunção coletivo, respeitará os efeitos de eventual decisão judicial provisória ou definitiva proferida, mas será aplicada às projeções futuras da relação jurídica objeto de apreciação jurisdicional.

Art. 51 Sentença A sentença que conceder o mandado de injunção coletivo:

I – comunicará a caracterização da mora legislativa constitucionalmente qualificada ao Poder competente, para a adoção, no prazo que fixar, das providências necessárias;

II – formulará, com base na equidade, a norma regulamentadora e, no mesmo julgamento, a aplicará ao caso concreto, determinando as obrigações a serem cumpridas pelo legitimado passivo para o efetivo exercício das liberdades e prerrogativas constitucionais dos integrantes do grupo, categoria ou classe.

§ 1º A parcela do dispositivo que se revista do conteúdo previsto no inciso II se prolata sob condição suspensiva, a saber, transcurso *in albis* do prazo assinalado a teor do inciso I, para superação da omissão legislativa constitucionalmente relevante reconhecida como havida.

§ 2º Na sentença, o juiz poderá fixar multa diária para o réu que incida, eventualmente, em descumprimento da norma regulamentadora aplicada ao caso concreto, independentemente do pedido do autor.

Art. 52 Disposições aplicáveis Aplica-se ao mandado de injunção coletivo o disposto neste código, inclusive no tocante às custas e honorários (art. 16), quando compatível.

CAPÍTULO III – DA AÇÃO POPULAR

Art. 53 Disposições aplicáveis Aplica-se à ação popular o disposto na lei 4717/65, bem como o previsto neste código, no que for compatível.

CAPÍTULO IV – DA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Art. 54 Disposições aplicáveis Aplica-se à ação de improbidade administrativa o disposto na lei 8429/92, bem como o previsto neste código, no que for compatível.

PARTE V – DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 55 Princípios de interpretação Este código será interpretado de forma aberta e flexível, compatível com a tutela coletiva dos interesses e direitos de que trata.

Art. 56 Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil Aplicam-se subsidiariamente às ações coletivas, no que não forem incompatíveis, as disposições do Código de Processo Civil.

Art. 57 Nova redação Dê-se nova redação aos artigos de leis abaixo indicados:

a) o inciso VIII do artigo 6º. da lei 8078/90 passa a ter a seguinte redação:
art. 6º. inciso VIII – a facilitação da defesa dos seus direitos, incumbindo o ônus da prova à parte que detiver conhecimentos técnicos ou informações sobre os fatos, ou maior facilidade em sua demonstração.

b) o artigo 80 da lei 10741/2003 passa a ter a seguinte redação:
art. 80 – as ações individuais movidas pelo idoso poderão ser propostas no foro do seu domicílio.

Art. 58 Revogação Revogam-se a Lei 7347, de 24 de julho de 1985; os artigos 81 a 104 da Lei 8078/90, de 11 de setembro de 1990; o parágrafo 3º do artigo 5º da Lei 4717, de 29 de junho de 1965; os artigos 3º, 4º, 5º, 6º e 7º da Lei 7853, de 24 de outubro de 1989; o artigo 3º da Lei 7913, de 7 de dezembro de 1989; os artigos 210, 211, 212, 213, 215, 217, 218, 219, 222, 223 e 224 da Lei 8069, de 13 de junho de 1990; o artigo 2ºA da Lei 9494, de 10 de setembro de 1997; e os artigos 81, 82, 83, 85, 91, 92 e 93 da Lei 10741, de 1º de outubro de 2003.

Art. 59 Instalação dos órgãos especializados A União, no prazo de um ano, a contar da publicação deste código, e os Estados criarão e instalarão órgãos especializados, em primeira e segunda instância, para o processamento e julgamento de ações coletivas.

Art. 60 Vigência Este código entrará em vigor dentro de um ano a contar de sua publicação.
Agosto de 2005.

ANEXO III

Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito.

Notas para a redação de uma

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

O objetivo deste projeto é inspirar a redação do melhor Código de Processo Civil Coletivo possível, adaptado à realidade dos países de tradição derivada do direito continental europeu, tendo presente a experiência internacional acumulada com a prática das ações coletivas.

O produto aqui oferecido representa a opção do autor entre as possíveis soluções dos vários problemas que se apresentam à tutela jurisdicional coletiva, cada qual com suas vantagens, desvantagens e possibilidades de abuso.

Muitas normas aqui sugeridas são meras repetições, adaptações ou aprimoramentos de normas existentes em outros ordenamentos. Outras, mais inovativas, são o fruto da nossa visão do processo coletivo como um todo, inspiradas no direito processual comparado, individual e coletivo, notadamente nos direitos brasileiro, americano, canadense, francês, italiano e escandinavo.

Uma das contribuições deste projeto é eliminar injustificadas diferenças procedimentais em ações coletivas. Tais diferenças existem no Brasil e nos Estados Unidos meramente por casualidades e equívocos históricos e esta é a oportunidade para corrigir tais deformações. Não há nada que justifique que a notificação nas ações coletivas indenizatórias americanas (*class actions for damages*) seja mais rigorosa do que nas demais ações coletivas ou que o regime da coisa julgada nas ações coletivas brasileiras seja diferente de acordo com o tipo de pretensão envolvida.

Algumas diferenças entre as ações coletivas, porém, são legítimas, em face das peculiaridades de cada tipo de pretensão. Por esse motivo, este Código contém Títulos especiais para a tutela dos direitos transindividuais (de que é titular o grupo como um todo) e para a tutela dos direitos individuais (de que são titulares os membros do grupo individualmente). O valor da pretensão ou o tipo de controvérsia também podem ser um motivo legítimo para algumas diferenças procedimentais entre ações coletivas: os conflitos resultantes da responsabilidade civil em massa derivada de prejuízos causados por produtos químicos põem questões substancialmente diversas daqueles resultantes da responsabilidade civil em massa derivada de prejuízos causados por um único incidente, como o naufrágio de um navio. Conflitos resultantes da violação das normas antitruste ou de valores imobiliários também podem apresentar questões peculiares, que podem exigir respostas diversas. Este projeto não procura solucionar tais problemas, que devem ser analisados caso a caso.

Este projeto também não busca solucionar os problemas mais complexos que têm afetado as ações coletivas norteamericanas nas últimas décadas, como a responsabilidade civil em massa causada por produtos químicos, grupos futuros, pretensões envolvendo o direito de vários estados, custo, comportamento antiético e outros abusos. O objetivo deste projeto é mais modesto: introduzir um simples instrumento de tutela coletiva nos países de direito escrito que não dispõem de nenhum e aperfeiçoar as ações coletivas naqueles países que já as possuem. Este projeto não foi concebido para uma audiência norte-americana, muito embora os americanos possam encontrar, aqui e ali, inspiração para a reforma do direito nos Estados Unidos.

Em face da multiplicidade de ordenamentos e da diversidade do vocabulário jurídico empregado nos diversos países de direito escrito (*civil law*), a linguagem utilizada na redação

dos dispositivos deste Código é deliberadamente a técnica: optou-se por valorizar a compreensão imediata do conteúdo da norma e a divulgação de idéias para a solução dos problemas levantados pela tutela coletiva dos direitos. Este é um projeto de teor educativo. Procurou-se criar um sistema na medida do possível auto-explicativo, dispensando-se comentários para a compreensão básica de cada fase do procedimento. Espera-se que as respostas para as dúvidas que surgirão com a sua aplicação prática possam ser extraídas do próprio sistema processual coletivo.

TÍTULO I

DISPOSIÇÕES GERAIS

Artigo 1. Cabimento da ação coletiva

1. A ação coletiva é cabível em tutela de pretensões transindividuais de que seja titular um grupo de pessoas e de pretensões individuais de que sejam titulares os membros de um grupo de pessoas.

1.1 Em especial, a ação coletiva poderá ser proposta para tutelar:

1.1.1 Direitos difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por relação jurídica comum ou por circunstâncias de fato;

1.1.2 Direitos individuais homogêneos, assim entendidos o conjunto de direitos subjetivos individuais ligados por uma origem comum de que sejam titulares os membros de um grupo de pessoas.

1.2 São admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos do grupo e de seus membros. Em especial, a ação coletiva poderá ter por objeto pretensões declaratórias, constitutivas ou condenação em dinheiro ou no cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

1.3 A ação coletiva também é cabível em tutela de pretensões contra um grupo de pessoas, de acordo com o disposto no Título V.

Artigo 2. Legitimidade coletiva

2. São legitimados concorrentemente para a propositura da ação coletiva: (legitimados coletivos)

I – o Ministério Público;

II – a União, os Estados ou Províncias, os Municípios e o Distrito Federal;

III – as entidades e órgãos da administração pública, ainda que sem personalidade jurídica;

IV – as associações sem fins lucrativos, legalmente constituídas há pelo menos dois anos.

2.1 O grupo como um todo e seus membros são a parte no processo coletivo, representados em juízo pelo legitimado coletivo.

2.2 Sempre que possível, o grupo será representado em juízo por mais de um legitimado coletivo, de forma a promover uma representação adequada dos direitos do grupo e de seus membros. (Vide arts. 6, 9, IV e 10.2)

2.3 O Ministério Público, se não ajuizar a ação ou intervier no processo como parte, atuará como fiscal da lei.

2.4 As associações e as entidades e órgãos da administração pública somente poderão propor ações coletivas relacionadas com os seus fins institucionais (pertinência temática).

2.5 O juiz poderá dispensar o requisito da pré-constituição e da pertinência temática ou atribuir legitimidade coletiva a membros do grupo, quando não houver legitimado coletivo adequado interessado em representar os interesses do grupo em juízo.

2.6 A associação representará em juízo os direitos e interesses do grupo e dos membros do grupo e não os de seus associados.

2.7 O advogado do grupo representará em juízo os direitos e interesses do grupo e dos membros do grupo e não os do representante que o contratou.

Artigo 3. Requisitos da ação coletiva

3. A ação somente poderá ser conduzida na forma coletiva se:

I – houver questões comuns de fato ou de direito, a permitir o julgamento uniforme da lide coletiva;

II – o legitimado coletivo e o advogado do grupo puderem representar adequadamente os direitos do grupo e de seus membros; (Vide art. 18,I)

III – a ação coletiva não for uma técnica manifestamente inferior a outras técnicas de tutela viáveis na prática.

3.1 Na análise da adequação da representação, o juiz analisará em relação ao representante e ao advogado, entre outros fatores:

3.1.1 a competência, honestidade, capacidade, prestígio e experiência;

3.1.2 o histórico na proteção judicial e extra-judicial dos interesses do grupo;

3.1.3 a conduta e participação no processo coletivo e em outros processos anteriores;

3.1.4 a capacidade financeira para prosseguir na ação coletiva;

3.1.5 o tempo de instituição e o grau de representatividade perante o grupo.

3.2 Em caso de desistência infundada, abandono da ação coletiva ou inadequação do representante, o juiz notificará amplamente o grupo e outro legitimado poderá assumir a titularidade ativa. (Vide arts. 5 e 6) Na ausência de legitimado adequado interessado em assumir a titularidade ativa da ação coletiva, o juiz extinguirá o processo coletivo sem julgamento do mérito.

3.3 Quando o grupo for demasiadamente reduzido, seus membros forem facilmente identificáveis e a controvérsia puder, na prática, prosseguir na forma individual, o juiz negará o prosseguimento da ação na forma coletiva mas permitirá que os membros do grupo intervenham no processo e assumam a titularidade da lide individual em litisconsórcio.

TÍTULO II

PROCEDIMENTO COLETIVO

Artigo 4. Competência territorial

4. Em caso de Estado Federado, as ações coletivas serão propostas:

I – no foro do local onde ocorreu ou teria ocorrido o dano, quando de âmbito local;

II – no foro da Capital do Estado, na Justiça Federal, para os danos de âmbito estadual ou regional;

III – no foro do Distrito Federal, na Justiça Federal, para os danos de âmbito nacional.

Artigo 5. Notificação adequada

5. Na fase inicial do processo coletivo, o juiz promoverá, com o auxílio das partes, a melhor notificação possível para o grupo e seus membros, em face das circunstâncias do caso concreto. (Vide arts. 3.2, 14.6 e 16.1)

5.1 A notificação deverá ser econômica, eficiente e abrangente, direcionada a atingir o maior número possível de legitimados coletivos (vide art. 2) e membros do grupo. O Ministério Público, o Fundo dos Direitos de Grupo, as entidades e órgãos públicos relevantes, as associações nacionais e regionais mais representativas e uma pequena amostra dos membros do grupo facilmente identificáveis serão sempre notificados. (Vide arts. 5.10, 14.9 e 24.3)

5.2 O juiz utilizará todas as técnicas disponíveis para uma adequada notificação ao grupo, inclusive anúncios na imprensa e na Internet, em instrumentos de circulação compatível com a dimensão e o tipo do grupo.

5.3 A notificação e a identificação dos membros do grupo e entidades relevantes é de responsabilidade de ambas as partes e do juízo mas, em princípio, será custeada pelo representante do grupo. (Vide art. 5.12) Quando a identificação ou a notificação for difícil e custosa para o representante e não para a parte contrária ao grupo, o juiz atribuirá tal função à parte contrária, que poderá ter o direito de ser ressarcida das suas despesas pelo representante do grupo. (Vide art. 5.13)

5.4 A notificação será transmitida em linguagem simples, clara e acessível em face das circunstâncias e deverá incluir, entre outras informações:

5.4.1 a definição do grupo;

5.4.2 a identificação do réu;

5.4.3 a identificação e a informação para contato do representante e do advogado do grupo;

5.4.4 a descrição da controvérsia coletiva, com um resumo dos fatos;

5.4.5 a pretensão coletiva e o objeto do processo;

5.4.6 as consequências do processo coletivo para o grupo e seus membros;

5.4.7 o caráter vinculante da sentença coletiva e a possibilidade e o prazo para propositura de ação individual, se o membro tiver interesse em se excluir do grupo (Vide art. 20.1);

5.4.8 cópia da petição inicial, da contestação e de documentos relevantes, selecionados pelo juiz com o auxílio das partes;

5.4.9 instruções sobre como obter mais informações sobre o processo coletivo;

5.4.10 qualquer outra informação relevante no caso concreto.

5.5 A notificação será enviada em nome do juízo.

5.6 O texto da notificação será redigido de forma neutra e imparcial. O juiz poderá atribuir tal função ao representante do grupo, sob fiscalização do réu e controle do juiz.

5.7 O juiz poderá reduzir ou dispensar a notificação individual dos membros do grupo, se ela for desproporcionalmente custosa ou se a propositura da ação coletiva tiver obtido notoriedade adequada.

5.8 O representante do grupo deverá manter os membros do grupo constantemente informados sobre os aspectos importantes do desenvolvimento da ação coletiva, sob pena de ser considerado inadequado. O juiz poderá promover a notificação formal de qualquer evento do processo, se estiver insatisfeito com a notificação periódica promovida pelo representante.

5.9 Os legitimados coletivos mais significativos a critério do juiz deverão e os que assim solicitarem poderão receber notificação dos atos importantes realizados no processo.

5.10 O juiz não promoverá a notificação, se a ação coletiva for manifestamente incabível ou infundada.

5.11 Para evitar prejuízo ao réu ou para poder dar uma informação mais completa ao grupo, o juiz poderá adiar a notificação ampla até ter convicção do cabimento e da boa-fé da ação coletiva, limitando a notificação, em um primeiro momento, aos legitimados coletivos mais significativos. (vide art. 14.9)

5.12 O juiz poderá ordenar que as despesas com a notificação ampla e identificação dos membros do grupo sejam total ou parcialmente suportadas pelo réu, se houver probabilidade de sucesso da pretensão coletiva. (Vide art. 5.13)

5.13 Se a parte contrária ao grupo envia correspondência aos membros do grupo ou mantém a publicação de periódicos ou brochuras ou um sítio na Internet, o juiz poderá ordenar a notificação através desse método, se houver probabilidade de sucesso da pretensão

coletiva, de forma a notificar adequadamente o grupo sem aumentar substancial e desnecessariamente as despesas. (Vide arts. 5.3 e 5.12)

5.14 O juiz poderá ordenar a criação de um sítio na Internet, contendo informações importantes sobre o processo coletivo e sobre os fatos que levaram à sua propositura, com cópias da notificação, da petição inicial, da contestação e das principais peças, documentos e decisões do juiz. O sítio deverá ser atualizado frequentemente com o objetivo de informar os membros do grupo sobre o andamento do processo e poderá conter mensagens importantes para o grupo e seus membros, tais como a solicitação de informações ou provas e a divulgação de uma eventual proposta de acordo. O endereço eletrônico do sítio será amplamente divulgado. O juiz poderá ordenar que seja inserida uma conexão para referido sítio no sítio do representante do grupo, do interveniente e da parte contrária ao grupo.

Artigo 6. Intervenção coletiva (Vide arts. 2.2, 3.2, 10.2, 19 e 28.4)

6. Qualquer legitimado coletivo (vide art. 2) poderá intervir no processo coletivo em qualquer tempo e grau de jurisdição para demonstrar a inadequação do representante ou auxiliá-lo na tutela dos direitos do grupo. (Vide art. 24.3)

6.1 O legitimado coletivo também poderá intervir no processo coletivo como assistente da parte contrária ao grupo.

6.2 Os membros do grupo poderão participar do processo coletivo como informantes, trazendo provas, informações e argumentos novos.

6.3 O interveniente será ressarcido das despesas e honorários, na medida proporcional à sua participação e contribuição. (Vide art. 21)

Artigo 7. Objeto do processo coletivo

7. O objeto do processo coletivo será o mais abrangente possível, abrangendo toda a controvérsia coletiva entre o grupo e a parte contrária, independentemente de pedido, incluindo tanto as pretensões transindividuais de que seja titular o grupo como as pretensões individuais de que sejam titulares os membros do grupo. (Vide arts. 9, II, 10.3 e 16)

Artigo 8. Interrupção da prescrição

8. A propositura da ação coletiva interromperá o prazo prescricional das pretensões individuais e transindividuais relacionadas com a controvérsia coletiva.

8.1 O prazo prescricional recomeçará a correr a partir da notificação ao grupo da decisão transitada em julgado. (Vide art.16.1)

Artigo 9. Saneamento

9. Encerrada a fase postulatória, e ouvidos as partes e intervenientes, o juiz, em decisão fundamentada:

I – decidirá se a ação tem condições de prosseguir na forma coletiva;

II – demarcará o objeto do processo coletivo da forma mais abrangente possível, independentemente de provocação; (Vide arts. 7 e 16)

III – descreverá, com a precisão possível e necessária, os contornos do grupo titular da pretensão coletiva;

IV – selecionará o representante mais adequado para representar os interesses do grupo em juízo. (Vide art. 2.2)

Artigo 10. Poderes do juiz

10. O juiz é neutro e imparcial, mas tem o dever de zelar pelo respeito aos direitos, interesses e garantias materiais e processuais do grupo e de seus membros.

10.1 O juiz manterá controle direto sobre o processo coletivo e tomará as medidas adequadas ao seu célere, justo e eficiente andamento.

10.2 Os representantes e intervenientes participarão do processo e apresentarão documentos, argumentos e requerimentos em conjunto, de forma a evitar repetições e

contradições. O juiz somente admitirá peças processuais, documentos e provas produzidas em separado, na medida em que não sejam repetitivos. (Vide arts. 2.2 e 6)

10.3 O juiz poderá separar os pedidos ou as causas de pedir em ações coletivas distintas, se a separação representar economia processual ou facilitar a condução do processo coletivo. (Vide art.7)

10.4 O juiz poderá dividir o grupo em subgrupos com direitos ou interesses semelhantes para melhor decisão e condução do processo coletivo. Se houver conflitos ou divergências substanciais de interesses entre os membros do grupo, o juiz poderá nomear um representante e um advogado para cada subgrupo.

10.5 O juiz poderá limitar o objeto da ação coletiva à parte da controvérsia que possa ser julgada na forma coletiva, deixando as questões que não são comuns ao grupo para serem decididas em ações individuais ou em uma fase posterior do próprio processo coletivo. Em decisão fundamentada, o juiz informará as questões que farão parte do processo coletivo e as que serão deixadas para ações individuais ou para a fase posterior do processo coletivo.

10.6 As decisões do juiz poderão ser modificadas a qualquer tempo durante o processo, desde que não represente prejuízo injustificado para as partes e o contraditório seja preservado.

10.7 O juiz poderá aumentar os prazos do processo, quando houver um grande número de representantes ou intervenientes ou quando as questões de fato ou de direito forem complexas.

Artigo 11. Ônus da prova

11. Quando o descobrimento da verdade dos fatos depender de conhecimentos técnicos ou de informações que apenas uma das partes dispõe ou deveria dispor, a ela caberá o ônus da prova, se as alegações da parte contrária forem verossímeis.

Artigo 12. Custo da prova

12. Quando a produção da prova for extremamente difícil e custosa para uma das partes e não para outra, o juiz atribuirá a sua produção à parte contrária, que terá o direito de ser ressarcida das suas despesas.

Artigo 13. Prova estatística

13. O uso de prova estatística ou por amostragem é permitido como complemento à prova direta ou quando a prova direta for custosa ou de difícil ou impossível produção.

Artigo 14. Acordo Adequado

14. O representante do grupo poderá entrar em acordo com a parte contrária ao grupo. Se os termos do acordo forem adequados para tutelar os direitos e interesses do grupo e de seus membros, o juiz o homologará através de sentença motivada e o acordo vinculará a todos. (Vide arts. 18 e 20.1)

14.1 O acordo deverá tutelar os interesses do grupo como um todo e poderá incluir aspectos alheios ao objeto do processo. Do acordo constará multa diária à parte que não cumprir os seus termos. (Vide art. 15.2)

14.2 Se o acordo for parcial, a ação coletiva prosseguirá em relação ao restante da controvérsia coletiva. (Vide art. 17)

14.3 O Ministério Público e os intervenientes têm o direito de participar em todas as fases da negociação do acordo coletivo.

14.4 Excepcionalmente, o acordo poderá estabelecer que o réu indenizará os membros do grupo através de descontos na compra futura de peças ou produtos de sua fabricação. Os cupons de desconto devem ser tanto quanto possível incondicionais.

Limitações de qualquer espécie devem ser fundamentadas e podem comprometer a adequação da proposta de acordo. Sempre que possível, deverá ser concedido aos membros do grupo a opção pelo recebimento de um valor mais reduzido em dinheiro. A vantagem do grupo, para efeito do cálculo dos honorários advocatícios será calculada com base no valor em

dinheiro à vista do acordo e não em face da soma do valor nominal dos cupons. (Vide art. 21.4)

14.5 As partes encaminharão ao juiz uma proposta de acordo. O requerimento de aprovação da proposta de acordo deverá descrevê-lo de forma neutra e completa, alertando o juízo para os pontos fortes e fracos da proposta, inclusive eventuais prejuízos para o grupo e os motivos pelos quais o acordo deverá ser considerado adequado não obstante tais imperfeições. A inadequação do acordo ou do representante poderá ser ocasionada por graves omissões no requerimento de aprovação.

14.6 Se o juiz considerar a proposta de acordo satisfatória, notificará amplamente o grupo e seus membros sobre os seus termos e promoverá uma audiência pública de aprovação, onde o juiz ouvirá os interessados. (Vide art. 5)

14.7 Da notificação da proposta de acordo deverá constar, entre outras informações: (Vide art. 5.4)

14.7.1 uma descrição neutra e imparcial da proposta de acordo, com informações sobre os argumentos favoráveis e contrários;

14.7.2 o procedimento e um prazo razoável para impugnação da proposta;

14.7.3 a data e o local da audiência pública de avaliação da proposta;

14.7.4 o valor líquido ou vantagem a ser recebida por cada membro do grupo;

14.7.5 instruções sobre como obter mais informações sobre o acordo e o processo;

14.7.6 qualquer outra informação relevante no caso concreto.

14.8 Qualquer interessado poderá apresentar, independentemente de advogado, as razões contra ou a favor da proposta de acordo. O juiz poderá atribuir a um dos interessados ou a pessoa de sua confiança a apresentação de uma peça única, com o resumo de todos os argumentos levantados.

14.9 Antes de promover a notificação ampla ao grupo, o juiz poderá promover uma notificação limitada aos legitimados coletivos (vide art. 2) mais significativos e aos intervenientes que participaram mais ativamente no processo coletivo, convidando-os a se manifestarem sobre a proposta de acordo. (Vide arts. 5.1 e 5.11)

14.10 O juiz avaliará cuidadosamente a proposta de acordo, levando em consideração fatores como:

14.10.1 os argumentos favoráveis e contrários à proposta de acordo;

14.10.2 as questões de fato e de direito envolvidas no litígio;

14.10.3 a probabilidade de procedência ou improcedência da pretensão coletiva;

14.10.4 os riscos envolvidos no litígio;

14.10.5 a complexidade, o custo e a duração do processo coletivo;

14.10.6 a suficiência das provas disponíveis e da fundamentação jurídica da pretensão do grupo no momento da realização do acordo e a possibilidade de que outras informações ou provas venham a ser descobertas durante o desenrolar do processo;

14.10.7 a comparação entre uma eventual sentença de procedência da pretensão coletiva e a proposta de acordo.

Artigo 15. Obrigação de fazer ou não fazer

15. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, de caráter individual ou transindividual, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará as providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

15.1 A obrigação somente se converterá em perdas e danos, se por elas optar o grupo ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

15.2 O juiz poderá impor multa diária ao réu, de caráter cominatório, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito. O juiz modificará o valor ou a

periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva. A multa é instrumento independente da indenização por perdas e danos e da punição por desobediência de ordem judicial. (Vide art. 14.1)

15.3 Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, o juiz poderá determinar as medidas necessárias para o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade proibida.

Artigo 16. Sentença coletiva

16. A sentença coletiva julgará a controvérsia coletiva da forma mais ampla possível, decidindo sobre as pretensões individuais e transindividuais, declaratórias, constitutivas e condenatórias, independentemente de pedido, desde que não represente prejuízo injustificado para as partes e o contraditório seja preservado. (Vide arts. 7 e 9,II)

16.1 A sentença coletiva será ampla e adequadamente notificada ao grupo e seus membros, de acordo com o disposto no art. 5. (Vide art. 8.1)

Artigo 17. Sentença coletiva parcial (Vide art. 14.2)

17. O juiz poderá decidir parte do pedido coletivo, proferindo sentença parcial, quando quanto a essa parte não houver necessidade de produção de prova ou quando a prova já produzida nos autos for suficiente.

17.1 A sentença parcial poderá ser recorrida e executada nos mesmos termos que a sentença final.

17.2 A ação coletiva prosseguirá em relação ao restante da controvérsia coletiva.

Artigo 18. Coisa julgada coletiva

18. A coisa julgada coletiva vinculará o grupo e seus membros independentemente do resultado da demanda, exceto se a improcedência for causada por:

I – representação inadequada dos direitos e interesses do grupo e de seus membros; (Vide art. 3, II)

II – insuficiência de provas.

18.1 Se a ação coletiva for julgada improcedente por insuficiência de provas, qualquer legitimado coletivo (vide art. 2) poderá propor a mesma ação coletiva, valendo-se de nova prova que poderia levar a um diferente resultado.

18.2 Os vícios de que trata este artigo serão conhecidos tanto pelo juiz da causa como pelo juiz da ação individual ou coletiva posteriormente proposta.

18.3 Na ação individual proposta por um membro do grupo vinculado pela coisa julgada coletiva somente poderão ser discutidas questões não acobertadas pela coisa julgada coletiva e questões de natureza individual. (Vide art. 20.1)

Artigo 19. Litispêndência

19. A primeira ação coletiva proposta induz litispêndência para as demais ações coletivas relacionadas à mesma controvérsia coletiva. As ações coletivas posteriores serão extintas, mas os seus autores poderão intervir na primeira ação coletiva. (Vide art. 6)

19.1 O réu deverá informar ao juiz e ao representante do grupo sobre a propositura de outra ação coletiva relacionada à mesma controvérsia coletiva.

Artigo 20. A ação coletiva e as correspondentes ações individuais

20. A ação coletiva não induz litispêndência para as correspondentes ações individuais relacionadas à mesma controvérsia coletiva. As ações individuais não serão extintas.

20.1 O membro do grupo que propuser ação individual até a data da publicação da sentença ou da homologação do acordo coletivo será excluído do grupo e não será vinculado em sua esfera individual pela coisa julgada coletiva. (Vide art. 18.3)

20.2 O réu identificará ao juiz da ação coletiva e ao representante do grupo as ações individuais relacionadas à mesma controvérsia, à medida em que sejam propostas.

20.3 Se o membro do grupo autor da ação individual for notificado da existência de uma correspondente ação coletiva, poderá requerer a suspensão do seu processo individual no prazo de 60 dias, se quiser se vincular à coisa julgada coletiva.

20.4 Se a ação coletiva for extinta com julgamento do mérito, o membro do grupo que requereu a suspensão do seu processo individual será vinculado pela coisa julgada coletiva e, se for o caso, a ação individual será extinta. (Vide art. 18.3)

20.5 Se a ação coletiva for extinta sem julgamento do mérito ou se não houver formação da coisa julgada coletiva (vide art. 18), a ação individual que estava suspensa poderá prosseguir.

20.6 Na ausência da notificação a que se refere o art. 20.3, o autor da ação individual será beneficiado mas não poderá ser prejudicado pela coisa julgada coletiva.

20.7 Antes da publicação da sentença coletiva ou da homologação do acordo coletivo, o autor da ação individual que requereu a suspensão do seu processo individual nos termos do art. 20.3 poderá se desligar da ação coletiva e requerer o prosseguimento da sua ação individual.

Artigo 21. Despesas e honorários

21. Nas ações coletivas ativas, não haverá adiantamento de custas e quaisquer outras despesas por parte do grupo.

21.1 A sentença, independentemente de requerimento, condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que efetuou e os honorários advocatícios.

21.2 Nas ações coletivas ativas julgadas improcedentes, o representante do grupo e os intervenientes não serão condenados a pagar honorários de advogado, custas e despesas processuais do vencedor, salvo se a ação coletiva for proposta ou mantida de má fé, caso em que o representante do grupo, os intervenientes e as pessoas diretamente envolvidas serão solidariamente condenados a pagar honorários advocatícios e até o décuplo das custas e despesas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

21.3 O pagamento dos honorários do advogado do grupo poderá ser condicional ao resultado obtido na ação coletiva, mas o advogado não poderá financiar o litígio. (Vide art. 24.1)

21.4 No cálculo dos honorários, o juiz levará em consideração, entre outros fatores, a vantagem obtida para o grupo, a quantidade e a qualidade do trabalho realizado pelo advogado e a complexidade da causa.

21.5 Como incentivo à propositura de ações coletivas e ao ativo controle do processo pelos legitimados coletivos (vide art. 2), o juiz poderá atribuir uma gratificação financeira ao representante e ao interveniente cuja atuação foi relevante na tutela dos direitos, interesses e garantias do grupo e de seus membros. Esse valor poderá ser retirado da indenização devida ou pago pelo réu. Em sua avaliação, o juiz levará em consideração a participação do legitimado na descoberta do ilícito e na resolução do conflito, a sua adequada atuação, entre outros fatores que demonstrem a utilidade da sua participação e a sua conduta exemplar.

21.6 O juiz poderá reter parte do pagamento dos honorários do advogado ou da gratificação do legitimado coletivo até a satisfação total da pretensão coletiva.

Artigo 22. Precedência da ação coletiva

22. O juiz poderá dar prioridade ao processamento de uma ação coletiva, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

Artigo 23. Ação rescisória coletiva

23. A sentença coletiva de mérito com força de coisa julgada (vide art. 18) poderá ser rescindida através de ação autônoma proposta por um dos legitimados coletivos (vide art. 2) quando:

I – devido à dimensão, natureza ou característica do ilícito ou do dano, não foi possível, no momento da decisão ou do acordo, uma análise da sua adequação ou das suas consequências;

II – devido à complexidade das questões, não foi possível uma análise adequada do material probatório produzido ou dos argumentos jurídicos suscitados na ação coletiva;

III – a decisão ou o acordo, nas relações continuativas, mostrarem-se manifestamente inadequadas com o passar do tempo.

IV – ocorrer uma das hipóteses previstas na lei processual individual.

TÍTULO III

TUTELA COLETIVA DAS PRETENSÕES

INDENIZATÓRIAS

TRANSINDIVIDUAIS DO GRUPO

Artigo 24. Fundo dos Direitos de Grupo

24. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado ao grupo reverterá ao Fundo dos Direitos de Grupo, gerido por uma comissão formada por membros do Ministério Público, juízes e representantes da comunidade. (Vide art. 27)

24.1 Os recursos do Fundo serão destinados à reconstituição ou reparação dos danos causados ao grupo. Caso a reconstituição ou reparação não seja possível, os recursos deverão ser utilizados de forma discricionária, criativa e flexível relacionada com a natureza da infração ou do dano causado, inclusive através do financiamento e da fiscalização de outras ações coletivas e de projetos científicos, de pesquisa, informativos e educacionais. (Vide arts. 5 e 21.3)

24.2 O Poder Executivo constituirá a comissão gestora do Fundo dos Direitos de Grupo no prazo de 90 dias a partir da entrada em vigor deste Código. Enquanto a comissão não estiver devidamente constituída, o dinheiro ficará depositado em conta bancária com correção monetária.

24.3 O Fundo dos Direitos de Grupo será notificado sobre a propositura de toda ação coletiva e sobre as decisões mais importantes em tais processos e poderá intervir em processos coletivos em qualquer tempo e grau de jurisdição para demonstrar a inadequação do representante ou auxiliá-lo na tutela dos direitos do grupo. (Vide arts. 5.1 e 6)

TÍTULO IV

TUTELA COLETIVA DAS PRETENSÕES

INDENIZATÓRIAS

INDIVIDUAIS DOS MEMBROS DO GRUPO

Artigo 25. Cálculo dos danos individuais

25. Sempre que possível, o juiz calculará o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo na própria ação coletiva e a execução da sentença coletiva será feita na forma coletiva.

25.1 Quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo for uniforme, prevalentemente uniforme ou puder ser reduzido a uma fórmula matemática, a sentença coletiva indicará o valor ou a fórmula de cálculo da indenização individual.

25.2 O membro do grupo que considerar que o valor da sua indenização individual ou a fórmula para seu cálculo é diverso do estabelecido na sentença coletiva, poderá propor ação individual de liquidação.

25.3 Se o juiz da ação coletiva não puder calcular o valor dos danos individualmente sofridos pelos membros do grupo, a condenação coletiva será genérica, fixando a responsabilidade civil do réu pelos danos causados e o dever de indenizar, deferindo a liquidação dos danos individuais a processo individual promovido por cada membro do grupo. (Vide art. 26) Os membros do grupo terão o prazo de dois anos, a contar da notificação

da decisão transitada em julgado, para iniciar suas ações individuais de liquidação e execução contra o réu. (Vide art. 27)

Artigo 26. Distribuição do dinheiro

26. Em caso de condenação de pagar indenização individual aos membros do grupo, o dinheiro da condenação deverá ser distribuído de forma rápida, econômica e eficiente.

26.1 Após o trânsito em julgado da decisão, o réu deverá indenizar os membros do grupo voluntariamente, independentemente de instauração de processo de liquidação ou execução, mediante produção suficiente de provas por parte dos membros do grupo que se habilitarem.

26.2 O juiz da ação coletiva poderá nomear uma ou mais comissões de árbitros que avaliarão os casos duvidosos, com recurso para o juiz da ação coletiva. As comissões serão formadas por uma a três pessoas, preferencialmente compostas por juízes, advogados, estudantes de direito ou outras pessoas responsáveis, de indicação do juiz e sugestão das partes. As controvérsias individuais também poderão ser remetidas para os tribunais de pequenas causas ou outro tribunal competente.

26.3 O juiz indicará a remuneração devida aos árbitros, que será de responsabilidade do réu. A remuneração não poderá ser calculada proporcionalmente ao valor das decisões da comissão, mas será uma função do número e da complexidade dos processos que decidir.

26.4 As decisões dos árbitros não são vinculantes, mas se o réu se recusar a cumprir voluntariamente pretensão individual manifestamente procedente, o juiz poderá condená-lo a pagar até cem vezes valor sugerido pela comissão, além das despesas e honorários advocatícios. Na análise do valor da multa, o juiz deverá levar em consideração, entre outros fatores:

26.4.1 os motivos para o não cumprimento;

26.4.2 o grau de certeza da pretensão do membro do grupo;

26.4.3 o grau de reincidência do réu;

26.4.4 a necessidade de coibir o réu;

26.4.5 a boa fé das partes durante o processo arbitral;

26.4.6 a disponibilidade financeira do réu.

Artigo 27. Indenização individual global e Fundo dos Direitos de Grupo

27. O juiz fixará o valor global dos danos individualmente causados aos membros do grupo e o reverterá para o Fundo dos Direitos de Grupo, se um número de membros incompatível com a dimensão do grupo for ressarcido ou propuser ação de liquidação ou execução individual no prazo previsto no art. 25.3. (Vide art. 24)

27.1 O valor do dano globalmente causado aos membros do grupo poderá ser apurado imediatamente, mas somente poderá ser executado após o decurso do prazo previsto no art. 25.3.

27.2 O juiz poderá reverter parte do valor da condenação total para o Fundo antes do prazo previsto no art. 25.3, se houver improbabilidade prática de propositura de ações individuais devido, por exemplo, à dificuldade da prova, ao reduzido valor das pretensões individuais, ou à insolvência do réu.

TÍTULO V

AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS

Artigo 28. Ações coletivas passivas

28. A ação coletiva poderá ser proposta contra os membros de um grupo de pessoas, representados por associação que os congregue.

28.1 A associação representará o grupo como um todo e os membros do grupo. O membro do grupo será vinculado pela sentença coletiva independentemente do resultado da

demanda, ainda que não seja membro da associação que o representou em juízo. (Vide arts. 2.1, 2.6 e 18)

28.2 Se não houver associação que congregue os membros do grupo-réu, a ação coletiva passiva poderá ser proposta contra um ou alguns de seus membros, que funcionarão como representantes do grupo. (Vide art. 2.2)

28.3 Os membros do grupo poderão criar uma associação com a finalidade específica de representá-los em juízo na ação coletiva passiva.

28.4 Os membros do grupo poderão intervir no processo coletivo passivo. (Vide art. 6)

28.5 O representante terá o direito de ser ressarcido pelos membros do grupo das despesas efetuadas com o processo coletivo, na proporção do interesse de cada membro.

Artigo 29. Processo civil coletivo ativo supletório

29. Aplicam-se complementarmente às ações coletivas passivas o disposto neste Código quanto às ações coletivas ativas, no que não for incompatível.

29.1 Sempre que possível e necessário, as normas referentes às ações coletivas ativas deverão ser interpretadas com flexibilidade e adaptadas às necessidades e peculiaridades das ações coletivas passivas.

TÍTULO VI

PRINCÍPIOS DE INTERPRETAÇÃO

Artigo 30. Interpretação flexível

30. Este Código será interpretado de forma criativa, aberta e flexível, evitando-se aplicações extremamente técnicas, incompatíveis com a tutela coletiva dos direitos transindividuais e individuais.

30.1 O juiz adaptará as normas processuais às necessidades e peculiaridades da controvérsia e do grupo, levando em consideração fatores como o valor e o tipo da pretensão.

Artigo 31. Processo civil coletivo supletório

31. O disposto neste código se aplica, no que for cabível, a todas as ações coletivas.

Artigo 32. Processo civil individual supletório

32. Aplicam-se complementarmente ao processo coletivo as normas, princípios e garantias processuais civis individuais no que não conflitar com o espírito do processo coletivo.

32.1 Sempre que possível e necessário, as normas, princípios e garantias incompatíveis com o espírito do processo coletivo devem ser adaptadas às necessidades e peculiaridades da tutela coletiva.

TÍTULO VII

DISPOSIÇÕES FINAIS

Artigo 33. Entrada em vigor

33. Este Código entrará em vigor na data da sua publicação, sendo aplicado imediatamente aos processos coletivos pendentes.

ANEXO IV

PROJETO DE LEI

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/PL/2009/msg238090413.htm

PROJETO DE LEI

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

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

CAPÍTULO I
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CAPÍTULO II DOS PRINCÍPIOS DA TUTELA COLETIVA

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

I - amplo acesso à justiça e participação social;

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

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

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

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

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

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

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

IX - preferência da execução coletiva.

CAPÍTULO III DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO COLETIVA

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

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

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

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

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

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

II - conexão probatória; ou

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

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

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

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

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

I - o Ministério Público;

II - a Defensoria Pública;

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

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

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

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

VII - as associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, para a defesa de interesses ou direitos relacionados com seus

fins institucionais, dispensadas a autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

CAPÍTULO IV DO PROCEDIMENTO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Art. 16. Nas ações coletivas, a requerimento do autor, até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá permitir a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que realizada de boa-fé e que não importe em prejuízo para a parte contrária, devendo ser preservado o contraditório,

mediante possibilidade de manifestação do réu no prazo mínimo de quinze dias, facultada prova complementar.

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

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

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

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

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

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

§ 1º O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, sem prejuízo de outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro, observada a natureza disponível do direito em discussão.

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

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

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

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

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

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

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

IV - distribuirá a responsabilidade pela produção da prova, levando em conta os conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos detidos pelas partes ou segundo a maior facilidade em sua demonstração;

V - poderá ainda distribuir essa responsabilidade segundo os critérios previamente ajustados pelas partes, desde que esse acordo não torne excessivamente difícil a defesa do direito de uma delas;

VI - poderá, a todo momento, rever o critério de distribuição da responsabilidade da produção da prova, diante de fatos novos, observado o contraditório e a ampla defesa;

VII - esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova; e

VIII - poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

Art. 21. Em sendo necessária a realização de prova pericial requerida pelo legitimado ou determinada de ofício, o juiz nomeará perito.

Parágrafo único. Não havendo servidor do Poder Judiciário apto a desempenhar a função pericial, competirá a este Poder remunerar o trabalho do perito, após a devida requisição judicial.

Art. 22. Em qualquer tempo e grau do procedimento, o juiz ou tribunal poderá submeter a questão objeto da ação coletiva a audiências públicas, ouvindo especialistas no assunto e membros da sociedade, de modo a garantir a mais ampla participação social possível e a adequada cognição judicial.

CAPÍTULO V DAS TÉCNICAS DE TUTELA COLETIVA

Art. 23. Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações e provimentos capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Art. 24. Na ação que tenha por objeto a imposição de conduta de fazer, não fazer, ou de entregar coisa, o juiz determinará a prestação ou a abstenção devida, bem como a cessação da atividade nociva, em prazo razoável, sob pena de cominação de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogatórias, independentemente de requerimento do autor.

§ 1º A conversão em perdas e danos somente será admissível se inviável a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente e, no caso de interesses ou direitos coletivos ou individuais homogêneos, se houver interesse do grupo titular do direito.

§ 2º A indenização por perdas e danos far-se-á sem prejuízo da multa, quando cabível.

Art. 25. Na ação reparatória dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, sempre que possível e independentemente de pedido do autor, a condenação consistirá na prestação de obrigações específicas, destinadas à reconstituição do bem, mitigação e compensação do dano sofrido.

Parágrafo único. Dependendo das características dos bens jurídicos afetados, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias, o juiz poderá determinar, em decisão fundamentada e independentemente do pedido do autor, as providências a serem tomadas para a reconstituição dos bens lesados, podendo indicar, entre outras, a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita.

Art. 26. Na ação que tenha por objeto a condenação ao pagamento de quantia em dinheiro, deverá o juiz, sempre que possível, em se tratando de valores a serem individualmente pagos aos prejudicados ou de valores devidos coletivamente, impor a satisfação desta prestação de ofício e independentemente de execução, valendo-se da imposição de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogatórias.

Art. 27. Em razão da gravidade do dano coletivo e da relevância do bem jurídico tutelado e havendo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ainda que tenha havido o depósito das multas e prestação de caução, poderá o juiz determinar a adoção imediata, no todo ou em parte, das providências contidas no compromisso de ajustamento de conduta ou na sentença.

§ 1º Quando a execução envolver parcelas ou prestações individuais, sempre que possível o juiz determinará ao réu que promova dentro do prazo fixado o pagamento do valor da dívida, sob pena de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogatórias, independentemente de habilitação judicial dos interessados.

§ 2º Para fiscalizar os atos de liquidação e cumprimento da sentença do processo coletivo, poderá o juiz nomear pessoa qualificada, que terá acesso irrestrito ao banco de dados e à documentação necessária ao desempenho da função.

§ 3º Na sentença condenatória à reparação pelos danos individualmente sofridos, sempre que possível, o juiz fixará o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo ou um valor mínimo para a reparação do dano.

§ 4º Quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo forem uniformes, prevalentemente uniformes ou puderem ser reduzidos a uma fórmula matemática, a sentença do processo coletivo indicará esses valores, ou a fórmula de cálculo da indenização individual e determinará que o réu promova, no prazo que fixar, o pagamento do valor respectivo a cada um dos membros do grupo.

§ 5º O membro do grupo que divergir quanto ao valor da indenização individual ou à fórmula para seu cálculo, estabelecidos na liquidação da sentença do processo coletivo, poderá propor ação individual de liquidação, no prazo de um ano, contado do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo.

§ 6º Se for no interesse do grupo titular do direito, as partes poderão transacionar, após a oitiva do Ministério Público, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de não concordar com a transação, propondo nesse caso ação individual no prazo de um ano, contado da efetiva comunicação do trânsito em julgado da sentença homologatória, observado o disposto no parágrafo único do art. 13.

Art. 28. O juiz poderá impor multa ao órgão, entidade ou pessoa jurídica de direito público ou privado responsável pelo cumprimento da decisão que impôs a obrigação, observados a necessidade de intimação e o contraditório prévio.

Art. 29. Não sendo possível a prolação de sentença condenatória líquida, a condenação poderá ser genérica, fixando a responsabilidade do demandado pelos danos causados e o dever de indenizar.

Art. 30. O juiz poderá, observado o contraditório, desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento dos interesses tratados nesta Lei, houver abuso de direito, excesso de poder, exercício abusivo do dever, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, bem como falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, provocados por má administração.

§ 1º A pedido da parte interessada, o juiz determinará que a efetivação da responsabilidade da pessoa jurídica recaia sobre o acionista controlador, o sócio majoritário, os sócios-gerentes, os administradores societários, as sociedades que a integram, no caso de grupo societário, ou outros responsáveis que exerçam de fato a administração da empresa.

§ 2º A desconsideração da personalidade jurídica poderá ser efetivada em qualquer tempo ou grau de jurisdição, inclusive nas fases de liquidação e execução.

§ 3º Se o réu houver sido declarado falido, o administrador judicial será intimado a informar a existência de seguro de responsabilidade, facultando-se, em caso afirmativo, o ajuizamento de ação de indenização diretamente contra o segurador, vedada a denúncia da lide ao Instituto de Resseguros do Brasil e dispensado o litisconsórcio obrigatório com este.

CAPÍTULO VI DOS RECURSOS, DA COISA JULGADA COLETIVA E DA RELAÇÃO ENTRE DEMANDAS COLETIVAS E INDIVIDUAIS

Art. 31. Os recursos interpostos nas ações coletivas serão recebidos no efeito meramente devolutivo, salvo quando sua fundamentação for relevante e da decisão puder resultar lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz, a requerimento do interessado, ponderando os valores em questão, poderá atribuir-lhe o efeito suspensivo.

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

Art. 33. Se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, qualquer legitimado poderá ajuizar outra ação coletiva, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Art. 34. Os efeitos da coisa julgada coletiva na tutela de direitos individuais homogêneos não prejudicarão os direitos individuais dos integrantes do grupo, categoria ou classe, que poderão propor ações individuais em sua tutela.

§ 1º Não serão admitidas novas demandas individuais relacionadas com interesses ou direitos individuais homogêneos, quando em ação coletiva houver julgamento de improcedência em matéria exclusivamente de direito, sendo extintos os processos individuais anteriormente ajuizados.

§ 2º Quando a matéria decidida em ação coletiva for de fato e de direito, aplica-se à questão de direito o disposto no § 1º e à questão de fato o previsto no **caput** e no § 6º do art. 37.

§ 3º Os membros do grupo que não tiverem sido devidamente comunicados do ajuizamento da ação coletiva, ou que tenham exercido tempestivamente o direito à exclusão, não serão afetados pelos efeitos da coisa julgada previstos nos §§ 1º e 2º.

§ 4º A alegação de falta de comunicação prevista no § 3º incumbe ao membro do grupo, mas o demandado da ação coletiva terá o ônus de comprovar a comunicação.

Art. 35. No caso de extinção dos processos individuais como efeito da decisão prolatada em ações coletivas, não haverá condenação ao pagamento de novas despesas processuais, custas e honorários, salvo a atuação de má-fé do demandante.

Art. 36. Nas ações coletivas que tenham por objeto interesses ou direitos difusos ou coletivos, as vítimas e seus sucessores poderão proceder à liquidação e ao cumprimento da sentença, quando procedente o pedido.

Parágrafo único. Aplica-se a regra do **caput** à sentença penal condenatória.

Art. 37. O ajuizamento de ações coletivas não induz litispendência para as ações individuais que tenham objeto correspondente, mas haverá a suspensão destas, até o julgamento da demanda coletiva em primeiro grau de jurisdição.

§ 1º Durante o período de suspensão, poderá o juiz perante o qual foi ajuizada a demanda individual, conceder medidas de urgência.

§ 2º Cabe ao réu, na ação individual, informar o juízo sobre a existência de demanda coletiva que verse sobre idêntico bem jurídico, sob pena de, não o fazendo, o autor individual beneficiar-se da coisa julgada coletiva mesmo no caso de o pedido da ação individual ser improcedente, desde que a improcedência esteja fundada em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 3º A ação individual somente poderá ter prosseguimento, a pedido do autor, se demonstrada a existência de graves prejuízos decorrentes da suspensão, caso em que não se beneficiará do resultado da demanda coletiva.

§ 4º A suspensão do processo individual perdurará até a prolação da sentença da ação coletiva, facultado ao autor, no caso de procedência desta e decorrido o prazo concedido ao réu para cumprimento da sentença, requerer a conversão da ação individual em liquidação provisória ou em cumprimento provisório da sentença do processo coletivo, para apuração ou recebimento do valor ou pretensão a que faz jus.

§ 5º No prazo de noventa dias contado do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo, a ação individual suspensa será extinta, salvo se postulada a sua conversão em liquidação ou cumprimento de sentença do processo coletivo.

§ 6º Em caso de julgamento de improcedência do pedido em ação coletiva de tutela de direitos ou interesses individuais homogêneos, por insuficiência de provas, a ação individual será extinta, salvo se for requerido o prosseguimento no prazo de trinta dias contado da intimação do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo.

Art. 38. Na hipótese de sentença de improcedência, havendo suficiência de provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar ação revisional, com idêntico fundamento, no prazo de um ano contado do conhecimento geral da descoberta de prova técnica nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea para mudar seu resultado.

§ 1º A faculdade prevista no **caput**, nas mesmas condições, fica assegurada ao demandado da ação coletiva com pedido julgado procedente, caso em que a decisão terá efeitos **ex nunc**.

§ 2º Para a admissibilidade da ação prevista no § 1º, deverá o autor depositar valor a ser arbitrado pelo juiz, que não será inferior a dez por cento do conteúdo econômico da demanda.

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

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

CAPÍTULO VII

DA LIQUIDAÇÃO, EXECUÇÃO E CUMPRIMENTO DE SENTENÇAS DO PROCESSO COLETIVO

Art. 40. É competente para a liquidação e execução coletiva o juízo da ação de conhecimento ou o foro do local onde se encontrem bens sujeitos à expropriação ou do domicílio do executado.

Parágrafo único. Sempre que possível, a liquidação e a execução serão coletivas, sendo promovidas por qualquer dos legitimados à ação coletiva, pelas vítimas ou por seus sucessores.

Art. 41. É competente para a liquidação e execução individual o foro do processo de conhecimento, do domicílio do autor da liquidação ou da execução, ou do local onde se encontrem bens sujeitos à expropriação, não havendo prevenção do juízo da ação coletiva originária.

§ 1º Quando a competência para a liquidação não for do juízo da fase de conhecimento, o executado será intimado, na pessoa do seu procurador, seguindo a execução o procedimento do art. 475-A e seguintes da Lei nº 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil.

§ 2º Na hipótese do § 1º, o executado será intimado para a execução após a penhora.

Art. 42. Na liquidação da sentença condenatória à reparação dos danos individualmente sofridos, deverão ser provados, tão só, o dano pessoal, o nexo de causalidade e o montante da indenização.

Art. 43. A liquidação da sentença poderá ser dispensada quando a apuração do dano pessoal, do nexo de causalidade e do montante da indenização depender exclusivamente de prova documental, hipótese em que o pedido de execução por quantia certa será acompanhado dos documentos comprobatórios e da memória do cálculo.

Art. 44. Os valores destinados ao pagamento das indenizações individuais serão depositados, preferencialmente, em instituição bancária oficial, abrindo-se conta remunerada e individualizada para cada beneficiário, regendo-se os respectivos saques pelas normas aplicáveis aos depósitos bancários.

Parágrafo único. Será determinado ao réu, além da ampla divulgação nos meios de comunicação, a comprovação da realização dos depósitos individuais e a notificação aos beneficiários com endereço conhecido.

Art. 45. Em caso de sentença condenatória genérica de danos sofridos por sujeitos indeterminados, decorrido o prazo prescricional das pretensões individuais, poderão os legitimados coletivos, em função da não habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano ou do locupletamento indevido do réu, promover a liquidação e execução da indenização pelos danos globalmente sofridos pelos membros do grupo, sem prejuízo do correspondente ao enriquecimento ilícito do réu.

Parágrafo único. No caso de concurso de créditos decorrentes de ações em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos, a preferência com relação ao pagamento será decidida pelo juiz, aplicando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Art. 46. Havendo condenação em pecúnia, inclusive decorrente de dano moral coletivo, originária de ação relacionada com interesses ou direitos difusos e coletivos, a quantia será depositada em juízo, devendo ser aplicada na recuperação específica dos bens lesados ou em favor da comunidade afetada.

§ 1º O legitimado coletivo, com a fiscalização do Ministério Público, deverá adotar as providências para a utilização do valor depositado judicialmente, inclusive podendo postular a contratação de terceiros ou o auxílio do Poder Público do local onde ocorreu o dano.

§ 2º Na definição da aplicação da verba referida no **caput**, serão ouvidos em audiência pública, sempre que possível, os membros da comunidade afetada.

CAPÍTULO VIII DO COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E DO INQUÉRITO CIVIL

Art. 47. Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante a fixação de deveres e obrigações, com as respectivas multas devidas no caso do descumprimento.

Art. 48. O valor da cominação pecuniária deverá ser suficiente e necessário para coibir o descumprimento da medida pactuada.

Parágrafo único. A cominação poderá ser executada imediatamente, sem prejuízo da execução específica.

Art. 49. O compromisso de ajustamento de conduta terá natureza jurídica de transação, com eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade da sua homologação judicial, hipótese em que sua eficácia será de título executivo judicial.

Parágrafo único. Não será admitida transação no compromisso de ajustamento de conduta que verse sobre bem indisponível, salvo quanto ao prazo e ao modo de cumprimento das obrigações assumidas.

Art. 50. A execução coletiva das obrigações fixadas no compromisso de ajustamento de conduta será feita por todos os meios, inclusive mediante intervenção na empresa, quando necessária.

§ 1º Quando o compromisso de ajustamento de conduta contiver obrigações de naturezas diversas, poderá ser ajuizada uma ação coletiva de execução para cada uma das obrigações, sendo as demais apensadas aos autos da primeira execução proposta.

§ 2º Nas hipóteses do § 1º, as execuções coletivas propostas posteriormente poderão ser instruídas com cópias do compromisso de ajustamento de conduta e documentos que o instruem, declaradas autênticas pelo órgão do Ministério Público, da Defensoria Pública ou pelo advogado do exequente coletivo.

§ 3º Qualquer um dos co-legitimados à defesa judicial dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos poderá propor a ação de execução do compromisso de ajustamento de conduta, mesmo que tomado por outro co-legitimado.

§ 4º Quando o ajustamento abranger interesses ou direitos individuais homogêneos, o indivíduo diretamente interessado poderá solicitar cópia do termo de compromisso de ajustamento de conduta e documentos que o instruem, para a propositura da respectiva ação individual de liquidação ou de execução.

§ 5º Nos casos do § 4º, o indivíduo interessado poderá optar por ajuizar a ação individual de liquidação ou de execução do compromisso de ajustamento de conduta no foro do seu domicílio ou onde se encontrem bens do devedor.

Art. 51. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a dez dias úteis.

§ 1º O inquérito civil deverá contar com mecanismos de controle interno quanto ao processamento e à adequação da sua instauração.

§ 2º É autorizada a instauração de inquérito civil fundamentado em manifestação anônima, desde que instruída com elementos mínimos de convicção.

Art. 52. Se, depois de esgotadas todas as diligências, o órgão do Ministério Público se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação coletiva, promoverá o

arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente, sem prejuízo da atuação dos demais co-legitimados com relação ao mesmo objeto.

§ 1º Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivados serão remetidos ao órgão revisor competente, conforme dispuser o seu regimento, no prazo de até quinze dias, sob pena de se incorrer em falta grave.

§ 2º Até que o órgão revisor homologue ou rejeite a promoção de arquivamento, poderão os interessados apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito, anexados ao inquérito civil ou às peças de informação.

§ 3º Deixando o órgão revisor de homologar a promoção de arquivamento no inquérito civil ou peças de informação, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação ou a adoção de outras providências cabíveis e manifestação fundamentada.

CAPÍTULO IX DO CADASTRO NACIONAL DE PROCESSOS COLETIVOS E DO CADASTRO NACIONAL DE INQUÉRITOS CIVIS E COMPROMISSOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

Art. 53. O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com a existência e o estado das ações coletivas.

§ 1º Os órgãos judiciários aos quais forem distribuídos processos coletivos remeterão, no prazo de dez dias, cópia da petição inicial, preferencialmente por meio eletrônico, ao Cadastro Nacional de Processos Coletivos.

§ 2º No prazo de noventa dias, contado da publicação desta Lei, o Conselho Nacional de Justiça editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional de Processos Coletivos e os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado através da rede mundial de computadores.

§ 3º O regulamento de que trata o § 2º disciplinará a forma pela qual os juízos comunicarão a existência de processos coletivos e os atos processuais mais relevantes sobre o seu andamento, como a concessão de antecipação de tutela, a sentença, o trânsito em julgado, a interposição de recursos e a execução.

Art. 54. O Conselho Nacional do Ministério Público organizará e manterá o Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário, os co-legitimados e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com a abertura do inquérito e a existência do compromisso.

§ 1º Os órgãos legitimados que tiverem tomado compromissos de ajustamento de conduta remeterão, no prazo de dez dias, cópia, preferencialmente por meio eletrônico, ao Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta.

§ 2º O Conselho Nacional do Ministério Público, no prazo de noventa dias, a contar da publicação desta Lei, editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e Compromissos de Ajustamento de Conduta, incluindo a forma de comunicação e os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado.

CAPÍTULO X DAS DESPESAS, DOS HONORÁRIOS E DOS DANOS PROCESSUAIS

Art. 55. A sentença do processo coletivo condenará o demandado, se vencido, ao pagamento das custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, bem como dos honorários de advogado, calculados sobre a condenação.

§ 1º Tratando-se de condenação à obrigação específica ou de condenação genérica, os honorários advocatícios serão fixados levando-se em consideração a vantagem obtida para os interessados, a quantidade e qualidade do trabalho desenvolvido pelo advogado e a complexidade da causa.

§ 2º Os legitimados coletivos não adiantarão custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem serão condenados em honorários de advogado, custas e demais despesas processuais, salvo comprovada má-fé.

Art. 56. O legitimado coletivo somente responde por danos processuais nas hipóteses em que agir com má-fé processual.

Parágrafo único. O litigante de má-fé e os responsáveis pelos respectivos atos serão solidariamente condenados ao pagamento das despesas processuais, em honorários advocatícios e em até o décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

CAPÍTULO XI DO PROGRAMA EXTRAJUDICIAL DE PREVENÇÃO OU REPARAÇÃO DE DANOS

Art. 57. O demandado, a qualquer tempo, poderá apresentar em juízo proposta de prevenção ou reparação de danos a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, consistente em programa extrajudicial.

§ 1º O programa poderá ser proposto no curso de ação coletiva ou ainda que não haja processo em andamento, como forma de resolução consensual de controvérsias.

§ 2º O programa objetivará a prestação pecuniária ou a obrigação de fazer, mediante o estabelecimento de procedimentos a serem utilizados no atendimento e satisfação dos interesses e direitos referidos no **caput**.

§ 3º Em se tratando de interesses ou direitos individuais homogêneos, o programa estabelecerá sistema de identificação de seus titulares e, na medida do possível, deverá envolver o maior número de partes interessadas e afetadas pela demanda.

§ 4º O procedimento poderá compreender as diversas modalidades de métodos alternativos de resolução de conflitos, para possibilitar a satisfação dos interesses e direitos referidos no **caput**, garantidos a neutralidade da condução ou supervisão e o sigilo.

Art. 58. A proposta poderá ser apresentada unilateralmente ou em conjunto com o legitimado ativo, no caso de processo em curso, ou com qualquer legitimado à ação coletiva, no caso de inexistir processo em andamento.

Art. 59. Apresentado o programa, as partes terão o prazo de cento e vinte dias para a negociação, prorrogável por igual período, se houver consentimento de ambas.

Art. 60. O acordo que estabelecer o programa deverá necessariamente ser submetido à homologação judicial, após prévia manifestação do Ministério Público.

Art. 61. A liquidação e execução do programa homologado judicialmente contarão com a supervisão do juiz, que poderá designar auxiliares técnicos, peritos ou observadores para assisti-lo.

CAPÍTULO XII DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 62. Qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, ou de qualquer outro legitimado, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação coletiva e indicando-lhe os elementos de convicção.

Art. 63. As ações coletivas terão tramitação prioritária sobre as individuais.

Art. 64. A União, os Estados e o Distrito Federal poderão criar juízos e órgãos especializados para o processamento e julgamento de ações coletivas em primeira e segunda instância.

Art. 65. É admissível homologação de sentença estrangeira na tutela dos direitos ou interesses difusos coletivos e individuais homogêneos.

§ 1º A homologação de sentença estrangeira coletiva deverá ser requerida perante o Superior Tribunal de Justiça pelos legitimados arrolados no art. 6º.

§ 2º As vítimas ou seus sucessores também poderão utilizar, individualmente, da sentença estrangeira coletiva no Brasil, requerendo a sua homologação perante o Superior Tribunal de Justiça.

Art. 66. As multas administrativas originárias de violações dos direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos reverterão a fundo gerido por conselho federal ou por conselhos estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da sociedade civil, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados e a projetos destinados à prevenção ou reparação dos danos.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no art. 46, poderá o juiz, após prévia oitiva das partes interessadas, atendidas as especificidades da demanda e o interesse coletivo envolvido, destinar o produto da condenação em dinheiro originária de ação coletiva para o fundo previsto no **caput**.

Art. 67. As disposições desta Lei aplicam-se à ação popular e ao mandado de segurança coletivo, no que não forem incompatíveis com as regras próprias que disciplinam e regulam as referidas ações.

Art. 68. Os dispositivos desta Lei aplicam-se no âmbito das relações de trabalho, ressalvadas as peculiaridades e os princípios informadores do processo trabalhista.

Art. 69. Aplica-se à ação civil pública e às demais ações coletivas previstas nesta Lei, subsidiariamente, a Lei nº 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil, naquilo em que não contrarie suas disposições e desde que seja compatível com o sistema de tutela coletiva.

§ 1º À ação civil pública e demais ações coletivas previstas nesta Lei aplica-se ainda o disposto nas Leis nº 4.348, de 26 de junho de 1964, 5.021, de 9 de junho de 1966, 8.437, de 30 de junho de 1992, e 9.494, de 10 de setembro de 1997.

§ 2º A execução por quantia certa das decisões judiciais proferidas contra a Fazenda Pública, na ação civil pública e nas demais ações coletivas de que trata esta Lei, deverá se dar na forma do art. 730 da Lei nº 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil.

Art. 70. Esta Lei entra em vigor após cento e oitenta dias contados de sua publicação.

Art. 71. Ficam revogados:

- I - a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985;
- II - os arts. 3º a 7º da Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989;
- III - o art. 3º da Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989;
- IV - os arts. 209 a 213 e 215 a 224 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990;
- V - os arts. 81 a 84, 87, 90 a 95, 97 a 100, 103 e 104 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990;
- VI - o art. 88 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994;
- VII - o art. 7º da Lei nº 9.008, de 21 de março de 1995, na parte em que altera os arts. 82, 91 e 92 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990;
- VIII - os arts. 2º e 2º-A da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997;
- IX - o art. 54 da Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001;
- X - os arts. 4º, na parte em que altera o art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, e 6º da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001;
- XI - os arts. 74, inciso I, 80 a 89 e 92, da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003; e
- XII - a Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007.

Brasília,