



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

FERNANDA VICENTINI

**A LEI Nº 7.913/89 E A TUTELA COLETIVA DOS
INTERESSES NO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS
COMO FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA**

Londrina
2012

FERNANDA VICENTINI

**A LEI Nº 7.913/89 E A TUTELA COLETIVA DOS
INTERESSES NO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS
COMO FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA**

Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do título de mestre em Direito Negocial no Curso de Mestrado *Stricto sensu* da Universidade Estadual de Londrina.

Orientador: Prof. Dr. Vicente de Paula Marques Filho

Londrina
2012

Catálogo na publicação elaborada pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central da Universidade Estadual de Londrina.

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

V633L Vicentini, Fernanda.

A Lei nº 7.913/89 e a tutela coletiva dos interesses no mercado de valores mobiliários como forma de acesso à justiça / Fernanda Vicentini. – Londrina, 2012.
150 f.

Orientador: Vicente de Paula Marques Filho.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2012.

Inclui bibliografia.

1. Tutela – Interesses coletivos – Teses. 2. Mercado de capitais – Teses. 3. Acesso à justiça – Teses. 4. Processo civil – Teses. I. Marques Filho, Vicente de Paula. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial

CDU 343.022

FERNANDA VICENTINI

**A LEI Nº 7.913/89 E A TUTELA COLETIVA DOS INTERESSES NO
MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS COMO FORMA DE ACESSO
À JUSTIÇA**

Dissertação apresentada como exigência parcial para obtenção do grau de mestre em Direito Negocial no Curso de Mestrado *Stricto sensu* da Universidade Estadual de Londrina.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Vicente de Paula Marques Filho
UEL – Londrina - PR

Prof. Dr. Luiz Fernando Bellinetti
UEL – Londrina - PR

Prof. Dra. Jussara Nasser Ferreira
UNIPAR – Umuarama - PR

Londrina, 23 de Novembro de 2012

A Deus, pela sabedoria e força que me tem
concedido. A Ele toda a honra e toda a glória.

AGRADECIMENTOS

À minha família. Aos meus pais pelos ensinamentos de humildade e caráter.

À minha irmã pelo companheirismo, pela força, pelas orações nos momentos difíceis. A você Junior, que já é família, pelo carinho, paciência e dedicação.

Aos companheiros do mestrado, sobretudo àqueles que se revelaram amigos. Aos amigos que se mantiveram ao meu lado nessa caminhada.

Aos docentes do curso pelos ensinamentos em especial ao professor Doutor Vicente de Paula Marques Filho, meu orientador, pelas valiosas contribuições, bem como ao professor Doutor. Luiz Fernando Bellinetti, pela disponibilidade em participar desta banca, deixando-me honrada com a sua presença.

Ao servidor Francisco Carlos Navarro, o “Chico” da Secretaria do Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina, que sempre me auxiliou.

À CAPES, pela Bolsa de Estudos concedida.

Tudo tem o seu tempo determinado, e há tempo para todo o propósito debaixo do céu.

Há tempo de nascer, e tempo de morrer; tempo de plantar, e tempo de arrancar o que se plantou;

Tempo de matar, e tempo de curar; tempo de derrubar, e tempo de edificar;

Tempo de chorar, e tempo de rir; tempo de prantear, e tempo de dançar;

Tempo de espalhar pedras, e tempo de ajuntar pedras; tempo de abraçar, e tempo de afastar-se de abraçar;

Tempo de buscar, e tempo de perder; tempo de guardar, e tempo de lançar fora;

Tempo de rasgar, e tempo de coser; tempo de estar calado, e tempo de falar;

Tempo de amar, e tempo de odiar; tempo de guerra, e tempo de paz.

Que proveito tem o trabalhador naquilo em que trabalha?

Tenho visto o trabalho que Deus deu aos filhos dos homens, para com ele os exercitar.

Tudo fez formoso em seu tempo; também pôs o mundo no coração do homem, sem que este possa descobrir a obra que Deus fez desde o princípio até ao fim.

Eclesiastes 3:1-11

VICENTINI, Fernanda. **A Lei n. 7.913/89 e a tutela coletiva dos interesses no mercado de valores mobiliários como forma de acesso à justiça.** 2012. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2012.

RESUMO

O escopo da presente pesquisa é a análise de alguns dos principais aspectos da tutela coletiva dos investidores no mercado de capitais, e a garantia do acesso à justiça, como garantia constitucional do cidadão à ordem jurídica justa. Em princípio, o trabalho apresenta a garantia de acesso à justiça como direito fundamental. Antes de adentrar a discussão do ponto nevrálgico, são apresentados e analisados temas fundamentais como a compreensão do instituto da Sociedade anônima, sobre a Comissão de Valores Mobiliários-CVM e a necessidade de fortalecimento do mercado de capitais, através da tutela coletiva de interesses transindividuais, previstos no ordenamento jurídico brasileiro, em especial a ação coletiva da Lei 7.913/89. Em seguida, são demonstradas algumas das principais discussões acerca da Lei 7.913/89, principalmente no que tange a identificação da adequada hipótese de sua utilização, legitimidade do Ministério Público para propositura da ação, a coisa julgada, a execução da sentença e a utilização do instituto do Fluid Recovery. Por fim, é apresentada a casuística referente à Lei 7.913/89. Tenta-se demonstrar que a Lei é um meio específico para tutela dos direitos coletivos e sua utilização é importante para o fortalecimento do mercado de capitais, pois, é mais um instrumento de garantia de acesso à justiça.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Mercado de capitais. Tutela coletiva. Investidor.

VICENTINI, Fernanda. **Law no. 7.913/89 and the protection of collective interests in the securities market as a means of access to justice.** 2012. 150 p. Dissertation (Master's degree in Law Negotiation) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2012.

ABSTRACT

The scope of this research is the analysis of some key aspects of collective protection of investors in the capital market, and ensuring access to justice, as constitutional guarantee of citizens to fair legal system. In principle, the paper presents the guarantee of access to justice as a fundamental right. Before entering the discussion of the critical point, are presented and analyzed key issues such as understanding the institute a corporation, on the Brazilian Securities and Exchange Commission-CVM and the need to strengthen the capital market through the protection of collective interests transindividual, provided Brazilian legal system, in particular the collective action of Law 7.913/89. They are then demonstrated some of the key discussions of Law 7.913/89, mainly regarding the identification of the appropriate use of his hypothesis, legitimacy of prosecutors for filing the lawsuit, *res judicata*, the execution of the sentence and the use of the institute of Fluid Recovery. Finally, the sample is shown on the Law 7.913/89. We try to demonstrate that the law is a means specific to protection of collective and direct their use is important for strengthening the capital market, therefore, is more an instrument of ensuring access to justice.

Keywords: Access to justice. Capital markets. Collective protection. Investor.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O PROCESSO	12
1.1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O NEOCONSTITUCIONALISMO	12
1.2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	15
1.2.1 Direitos de Primeira Geração	17
1.2.2 Direitos de Segunda Geração	19
1.2.3 Direitos Terceira Geração.....	21
1.2.4 Direitos de Quarta e Quinta	25
1.3 A EVOLUÇÃO DA CIÊNCIA PROCESSUAL	26
1.4 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	29
1.5 DO ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL	34
2 TUTELA COLETIVA	36
2.1 TEORIA DA AÇÃO COLETIVA	38
2.2 TUTELA COLETIVA NO BRASIL.....	41
2.2.1 Ação Civil Pública	43
2.3 CONCEITUAÇÃO DOS INTERESSES OU DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS.....	46
2.3.1 Interesses ou direitos difusos	48
2.3.2 Interesses ou direitos coletivos.....	49
2.3.3 Interesses ou direitos individuais homogêneos	51
3 A SOCIEDADE ANÔNIMA E O MERCADO DE CAPITAIS	54
3.1 A SOCIEDADE ANÔNIMA E SUA EVOLUÇÃO NA EUROPA E NO BRASIL	54
3.2 A SOCIEDADE ANÔNIMA MODERNA.....	57
3.2.1 Conceito	57
3.3 CARACTERÍSTICAS DA SOCIEDADE ANÔNIMA	59
3.3.1 Administração	60
3.3.2 Acionista minoritário e majoritário.....	62
3.3.3 O poder de controle	63
3.3.4 Governança corporativa	67
3.3.5 Responsabilidade dos administradores	68

3.4	VALORES MOBILIÁRIOS.....	71
3.4.1	Ações.....	75
3.5	O MERCADO DE CAPITAIS.....	76
3.5.1	Mercado primário e mercado secundário.....	78
3.6	SISTEMAS FINANCEIRO BRASILEIRO.....	79
3.7	A COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS.....	80
3.8	O PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.....	83
3.8.1	Responsabilidade administrativa perante a Comissão de Valores Mobiliários.....	83
3.8.2	O devido processo legal administrativo.....	84
3.8.2.1	Princípio do Cabimento de Recursos na Esfera Administrativa.....	88
3.8.2.2	Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.....	88
3.8.2.3	O duplo grau administrativo da Comissão de Valores Mobiliários.....	90
3.9	TERMO DE COMPROMISSO.....	90
4	A LEI 7.913/89 E A TUTELA COLETIVA DOS INTERESSES NO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS COMO FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA.....	93
4.1	A LEI 7.913/89 E A TUTELA COLETIVA DOS INTERESSES NO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS BRASILEIRO.....	95
4.1.1	Dos interesses/direitos coletivos tutelados pela Lei 7.913/89.....	97
4.1.2	Das condutas autorizadoras da ação coletiva.....	101
4.1.3	Da legitimidade para propositura da ação.....	103
4.1.4	Da natureza da sentença no processo coletivo e na Lei 7.913/89.....	109
4.1.5	Da coisa julgada no processo coletivo e na Lei 7.913/89.....	112
4.1.6	Liquidação e execução da sentença.....	118
4.1.7	Panorama Jurisprudencial.....	128
	CONCLUSÃO.....	138
	REFERENCIAS.....	142

INTRODUÇÃO

Com a globalização e a necessidades de rápido crescimento, as sociedades anônimas têm procurado satisfazer as necessidades de financiamento para suas atividades através da emissão de valores mobiliários no Mercado de Capitais.

Com isso, o Mercado de Capitais passou a ter importância fundamental dentro de todo o processo de desenvolvimento da economia, não apenas em nível nacional, mas mundial, uma vez que, é através dele que se realizam as transações e distribuição dos valores mobiliários e que se busca garantir liquidez aos títulos de emissão de empresas.

Por outro lado, o crescimento do interesse de investidores gerou desequilíbrios dentro das grandes empresas, nas relações entre controladores e controlados, bem como administradores e administrados.

A busca do lucro fácil, o surgimento de grandes grupos econômicos, o consumismo e as condições desfavoráveis do mercado, por vezes, geram especulações ilegítimas e ilegais no do Mercado de Capitais, e podem trazer sérios prejuízos aos investidores. Da mesma forma que altas e baixas na cotação dos valores mobiliários podem acarretar elevados lucros aos especuladores, principalmente, àqueles que detêm informações privilegiadas, e em contrapartida, gerar sérios prejuízos aos investidores.

Assim, há a necessidade de garantir o acesso à Justiça e a efetiva tutela dos direitos dos investidores, que se apresentam como interesses transindividuais. Tal tutela deverá ocorrer não só para prevenir tais prejuízos, mas também para que possam ser ressarcidos os danos causados.

Diante dessa necessária efetividade e concretização na resolução de conflitos decorrentes de interesses transindividuais, ligados ao mercado de capitais, observa-se que existe uma Lei específica para tal tutela.

Antes, porém, ressalta-se que com o ingresso da Lei nº 7.347/85 (LACP) no ordenamento jurídico pátrio, iniciou-se um movimento legislativo tendente a propiciar uma efetiva tutela dos interesses transindividuais, movimento esse que atingiu o seu maior grau de plenitude com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (arts. 1º, 5º, XXXV, LXIX, LXX, LXXI, LXXIII, 8º, III, 114, § 2º, 129, III, entre outros) e com a edição das Leis nº 7.913/1989 e nº 8.078/90 (CDC), formando o que

se convencionou chamar de *microssistema de tutela coletiva*, no que tange à proteção dos investidores e da confiabilidade e higidez do mercado de capitais.

Contudo, o objeto da presente pesquisa será a Lei nº 7.913/1989, e seus principais aspectos materiais e processuais.

A priori, analisar-se-á a importância de garantir o acesso à justiça dentro do Estado Democrático de Direito, uma vez que este é considerado um direito fundamental.

Da mesma forma, também é imperioso entender a teoria da ação coletiva, os direitos por ela tutelados e como isso é tratado em nosso ordenamento pátrio.

Considerando que a Lei 7.913/89 tutela o mercado de capitais, que por sua vez, se correlaciona diretamente com as sociedades anônimas, não deixarão de serem observadas as principais características dessas empresas, com especial enfoque aos controladores e administradores delas.

Ainda, abordar-se-á o Mercado de Capitais e sua composição, como é dividido entre o mercado primário e o mercado secundário. O conceito de valor mobiliário também merece destaque quando se trata do estudo da Lei 7.913/1989, uma vez que nem todos os tipos do que vulgarmente se denomina de "investimentos" pode ser incluído nesta categoria.

Serão abordadas as principais características da Comissão de Valores Mobiliários e do processo administrativo por ela conduzido, como forma de evitar as condutas ilícitas e garantir proteção aos investidores, ainda na via administrativa.

Por derradeiro, no quarto capítulo será apresentada a proteção coletiva dos investidores conferida pela Lei 7.913/89, considerada como Ação Civil Pública para proteção dos investidores, ressaltando seus aspectos materiais e processuais.

Serão analisados quais os direitos transindividuais são por ela tutelados, bem como a legitimidade para propositura de referida ação. Ainda, quais as condutas ensejam a necessidade de ressarcimento do dano, e como ocorre a liquidação e a execução da sentença que condena ao pagamento de tais prejuízos.

1 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O PROCESSO

Para Habermas (2003, p.67), o Estado de Direito, conforme o paradigma linguístico, deve garantir o exercício de fato dos direitos fundamentais, por meio de procedimentos jurídicos que permitam que a formação racional da vontade e da opinião se manifestem.

Destaca Venturi (2000, p. 19), que é indispensável à proposição de um método que permita extrair do texto constitucional os valores fundamentais a que se dirige a instrumentalidade do processo coletivo no âmbito do “Estado Social Democrático de Direito”, onde o acesso à Justiça deixa de ser mero postulado pragmático para representar a efetividade do sistema processual na busca pela plena realização da ordem social, econômica e política.

1.1 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E O NEOCONSTITUCIONALISMO

A partir da segunda metade do Século XX, após a Segunda Guerra Mundial, foi possível observar a superação da fase positivista em um movimento de valorização da dignidade da pessoa humana e dos demais direitos fundamentais, o que reaproximou o Direito dos valores ético-morais.

Ocorreu uma rápida ascensão do Estado Social que possibilitou a concretização do Estado Democrático de Direito e o declínio do Estado Liberal e da teoria jusprivatista, que teve seu ápice no século XIX.

As atrocidades da Segunda Guerra Mundial contribuíram sobremaneira para renovação das cartas constitucionais, iniciando-se uma fase juspublicística (BONAVIDES, 2008, p. 294).

Nascia assim, o neoconstitucionalismo a partir de uma compreensão jurídico-filosófica.

Podem-se citar dois marcos históricos que foram relevantes para evolução do neoconstitucionalismo, um relacionado ao direito constitucional na Europa, e outro com o direito Constitucional do Brasil.

Conforme já explicitado, o marco europeu liga-se ao pós-guerra, no Brasil o marco se deu com a discussão, elaboração e promulgação da Constituição Federal de 1998 (BARROSO, 2008, p. 103).

Todavia, não foram apenas os acontecimentos históricos responsáveis pelo desenvolvimento do neoconstitucionalismo, Barroso identifica outros três marcos:

[...] o neoconstitucionalismo ou o novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado Constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito. (BARROSO, 2008, p.113)

No que tange ao aspecto histórico ocorreu a superação do paradigma da validade meramente formal do direito, devendo o direito ser compreendido dentro das respectivas relações de poder, não bastando para validade da lei mero rigorismo do processo legislativo, estreitando a os vínculos entre direito e política. A dignidade da pessoa humana passa a ser o núcleo axiológico da tutela jurídica (CAMBI, 2007, p. 04).

Como consequência filosófica do neoconstitucionalismo, apresenta-se o neopositivismo, na medida em que os princípios jurídicos deixam de ter papel meramente secundário na colmatação de aplicação, para ter relevância jurídica na conformação judicial dos direitos (CAMBI, 2007, p. 05).

Tais mudanças levaram o aplicador do direito a buscar uma nova hermenêutica que tem como escopo a concretização dos direitos fundamentais (CAMBI, 2007, p. 05).

Segundo Hesse (1991, p. 19) a constituição diferenciada, com normas abertas e princípios, exige uma nova hermenêutica para que a força normativa converta-se em uma força ativa com as tarefas efetivamente realizadas.

Assevera Canotilho (2003, p. 1226) que o intérprete deverá sempre dar maior valor para as soluções hermenêuticas que garantam a eficácia permanente da norma constitucional ao longo da evolução histórica.

Quanto ao aspecto teórico destacam-se três vertentes, sendo que a primeira delas corresponde ao desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional, conforme acima comentado. Outra, diz respeito ao

reconhecimento da força normativa da Constituição, ou seja, o reconhecimento que a Constituição não é apenas uma carta de intenções políticas, mas que está dotada de caráter jurídico imperativo (CAMBI, 2007, p. 06).

Neste sentido, afirma Hesse (1991, p. 19), [...] *a força normativa da Constituição não reside, tão somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente.*

O autor ainda destaca (HESSE, 1991, p. 20) alguns requisitos que julga necessários para a efetiva força normativa da Constituição, como o fato dela levar em conta não só os elementos sociais, políticos e econômicos dominantes, mas também que, principalmente, incorpore o estado espiritual de seu tempo.

Tal vinculação positiva de todas as normas constitucionais apresenta como consequência a terceira vertente, qual seja, a expansão da jurisdição constitucional.

No Brasil, o exercício da jurisdição é feito através do Poder Judiciário e é assegurado pela Constituição Federal. Assim, para a resolução de litígios que envolvam matérias constitucionais, bem como para garantir o cumprimento dos preceitos emanados das Constituições, tem-se a jurisdição constitucional.

Segundo Sampaio (2002. p. 23) a jurisdição é uma das formas de demonstração da soberania do Estado.

Todas as transformações ocorridas na segunda metade do século XX, dentre elas a transformação da Constituição, conforme já mencionado, acarretaram a expansão da jurisdição constitucional, ou seja, houve a necessidade de reorganização dos poderes do Estado e o fortalecimento da função jurisdicional para proteção dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito (SAMPAIO, 2002. p. 62–63).

A nova realidade jurisdicional, como resposta às demandas trazidas pela evolução histórica, abarca o controle da constitucionalidade das leis, dos atos administrativos e das liberdades individuais, bem como a defesa e a preservação dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana (COMPARATO, 2005).

1.2 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais recebem outras terminologias, tanto na doutrina como no direito positivo, interno e internacional, como por exemplo: *direitos humanos, direitos do homem, direitos subjetivos públicos, liberdades públicas, direitos individuais, liberdades fundamentais e direitos humanos fundamentais* Sarlet (2004, p. 33). No presente trabalho, utilizar-se-á a locução “*direitos fundamentais*”.

Segundo Sampaio (2004, p. 23-27), “*os direitos fundamentais envolvem um conceito e muitas concepções, divididas entre as materiais (1) e as formais (2)*”. As concepções materiais ligam-se ao entendimento de que o sentido da expressão *direitos humanos* (conforme terminologia empregada pelo autor) deve se relacionar com o seu conteúdo, possuindo as perspectivas positivistas, não positivistas e ecléticas.

Por sua vez, as concepções formais têm como finalidade “*definir a forma ou a estrutura lógica dos direitos*”, sem ter a preocupação em identificar o conteúdo desses direitos “*em um ordenamento concreto ou quais deveriam ser, em qualquer ordenamento, suas dimensões, renunciando à formulação de uma teoria dogmática e filosófica dos direitos humanos respectivamente*”. (SAMPAIO, 2004, p. 23-27)

No campo doutrinário há dificuldade em se conceituar direitos fundamentais, contudo, parece apropriada a conceituação que tem por ponto de partida a consagração dos direitos fundamentais pelo direito constitucional pátrio. Sob tal enfoque, podem ser compreendidos como direitos e liberdades constitucionalmente tutelados através de instrumentos processuais estabelecidos pela Constituição, a exemplo das ações constitucionais típicas e das cláusulas pétreas.

Por vezes, os direitos e garantias fundamentais justificam a própria existência de uma Constituição, garantem uma situação de vantagem aos indivíduos e ao mesmo tempo definem os valores e os fins da estrutura política da sociedade, de modo que possuem dupla finalidade: uma individual e outra coletiva (CRUZ, 2004, p. 153 e 156).

Segundo Bonavides (2008, p. 561), apoiando-se na teoria de Carl Schmitt, na caracterização dos direitos fundamentais podem ser adotados dois critérios formais, além do critério material. O primeiro é a sua constitucionalização,

de modo que todos os direitos e garantias enunciados no texto constitucional são fundamentais. O outro significa que são fundamentais os direitos que receberam da Constituição proteção mais elevada em termos de garantia ou de segurança, é imutável ou exige um procedimento mais complexo, dificultando sua modificação. Quanto ao critério material, os direitos fundamentais sofrem variação conforme a ideologia, a modalidade do Estado e a espécie de valores e princípios que a Constituição acolhe, de forma que “*cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos*”.

Considerando que o estudo dos direitos humanos fundamentais confunde-se com a própria história do constitucionalismo e a preocupação do Estado de Direito consistente na elaboração de instâncias de controle que vigiem os órgãos do Estado para que eles não ultrapassem suas competências, o presente estudo será realizado com base na concepção das gerações de direitos. Justifica-se tal escolha pelo fato de pautar-se basicamente em três elementos relevantes ao desenvolvimento trabalho, ou seja, a relação entre Estado e cidadão, a concepção política do Estado e as espécies de direitos (individual, coletivo ou difuso) (SCHÄFER, 2005, p. 15).

Com base na revolução francesa, Bonavidades aduz que:

[...] o lema revolucionário do século XVIII, esculpido pelo gênio político francês, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, profetizando até mesmo a sequencia histórica de sua gradativa institucionalização: liberdade, igualdade e fraternidade. Com efeito, descoberta a fórmula de generalização e universalização, restava doravante seguir os caminhos que consentissem inserir na ordem jurídica positiva de cada ordenamento político os direitos e conteúdos materiais referentes àqueles postulados. Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo, o qual, segundo tudo faz prever, tem por bússola uma nova universalidade: a universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo metafísica daqueles direitos, contida no jus naturalismo do século XVIII. (BONAVIDADES, p. 562-563)

Insta salientar que existem autores que preferem a utilização do termo dimensão, vez que, haveria um processo cumulativo de complementaridade desses direitos, e não de alternância (GUERRA FILHO, 2007, p. 43).

1.2.1 Dos Direitos de Primeira Geração

Encontrava-se instaurado o Estado Absolutista, na Idade Moderna, cujas características fundamentais eram a afirmação da ideia de soberania concentrada no monarca, a extensão do poder soberano ao âmbito religioso e o dirigismo econômico, através de uma política econômica mercantilista.

Com o advento das Declarações de Direitos, posteriormente, com a elaboração das Constituições americanas e francesa ergueu-se uma nova forma de poder, conseqüentemente, ensejou uma nova forma estatal: o Estado de Direito (CANOTILHO, 2006, p. 87).

O Estado de Direito nasceu da necessidade de limitação do poder despótico e incontestável do monarca do Absolutismo, da necessidade do fim dos privilégios, da decadente sociedade feudal de castas e da ascensão da classe burguesa ao poder, que por sua vez, deflagrou a Revolução sob o manto da liberdade (na verdade liberalismo econômico) de todos os homens, de tal maneira que, se pode considerar esta nova forma estatal basicamente como sendo uma — [...] *armadura de defesa e proteção da liberdade* (BONAVIDES, 2007, p. 41).

Além da juridicização por meio de uma Constituição, [...] *o Estado de Direito não se apresenta apenas sob uma forma jurídica calcada na hierarquia das leis, ou seja, ele não está limitado apenas a uma concepção de ordem jurídica, mas, também a um conjunto de direitos fundamentais próprios de uma determinada tradição* (MORAIS, 1996, p. 68).

O Estado de Direito, conforme a orientação política e social vigente, irá se apresentar na História como liberal, depois como social e por fim como democrático.

Primeiramente, apresentou sua vertente de preocupação com a liberdade denominada de liberal, dando azo ao chamado Estado de Direito Liberal.

Foi com a Revolução Francesa, orquestrada pela burguesia, que de classe dominada passa a classe dominante, que este primeiro Estado jurídico, guardião das liberdades, alcançou sua experimentação histórica graças à racionalização de certos princípios filosóficos.

A burguesia para racionalizar e implantar o Estado de Direito Liberal valeu-se da base doutrinária filosófica e política atribuída aos pensadores jusnaturalistas do contratualismo como Hobbes, Locke e Rousseau.

Percebe-se a preponderância da preocupação com a liberdade nos textos da Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 4 de julho de 1776, no preâmbulo da Constituição Americana, de 17 de setembro de 1787, no texto do preâmbulo da Constituição Francesa, de 3 de setembro de 1791 (MIRANDA, 2003, p. 35- 37).

Assim, Silva sintetizando as características do Estado de Direito pautado na limitação de poder e no liberalismo, apresenta como peculiaridades:

(a) *submissão ao império da lei*, que era a nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; (b) *divisão de poderes*, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; (c) *enunciado e garantia dos direitos individuais*. Essas exigências continuam a serem postulados básicos do Estado de Direito, que configura uma grande conquista da civilização liberal. (destaques do autor) (SILVA, p.112-113)

Nesse ínterim, desenvolveu-se a espécie de direito pelo Estado tutelada, qual seja, primeira geração ou dimensão de direitos humanos fundamentais, referidos nas declarações de direitos das revoluções americana e francesa, e, posteriormente, em suas respectivas Constituições, sendo, pois, os primeiros a serem reconhecidos formalmente em documentos legislativos.

A primeira geração fora constituída por direitos de liberdade, fundados numa separação entre Estado e sociedade, que permeou o contratualismo individualista dos Séculos XVIII e XIX (SAMPAIO, 2004, p. 260).

Os direitos de primeira geração seriam, então, direitos de autonomia e defesa dos cidadãos individual, direitos de resistência ou de oposição perante o Estado (BONAVIDES, 2008, p. 563).

Desta forma, os direitos fundamentais de primeira geração, ao menos formalmente, constam das Constituições e visam garantir a liberdade. A titularidade desses direitos pertence ao indivíduo e são oponíveis ao Estado. No campo dos valores políticos servem para indicar a nítida diferenciação entre Sociedade e Estado Liberal.

1.2.2 Dos Direitos de Segunda Geração

Como observado o Estado liberal clássico tinha por principal finalidade garantir a liberdade dos cidadãos e foi marcado por uma forte delimitação dos seus poderes de intervenção no âmbito jurídico privado.

A instituição de direitos políticos e civis por meio das leis, assim como, o reconhecimento da liberdade individual e da igualdade formal entre as pessoas, somados a não interferência do Estado nos negócios privados não se mostraram suficientes para garantir progresso econômico e avanços sociais, pois, a sociedade é pluralista.

Assim, para que houvesse efetiva igualdade, e o Estado assegurasse a todas as pessoas iguais oportunidades de acesso aos bens e valores fundamentais, a uma existência digna, houve um processo de transição.

Surgiu, então, o socialismo como orientação ideológica básica para a mudança do paradigma liberal Bonavides (2007, p. 183), cujo principal porta-voz foi o alemão Karl Marx.

Em suma, o socialismo pretendia acabar com a luta de classes, burguesia contra proletários.

A doutrina socialista dividiu-se em duas vertentes, uma menos radical que mantinha o modo de produção capitalista e previa uma humanização das relações, e uma segunda vertente radical, o comunismo, que apregoava o fim da burguesia e do capitalismo.

Nesse contexto, surge o Estado de Direito Social ou Estado de Bem-Estar Social, ou *Welfare State*, que ao contrário do Estado de Direito Liberal, demanda a intervenção na vida econômica e social, trazendo consigo os direitos de segunda geração.

Em que pese, manifestações normativas dos direitos de segunda geração pudessem ser observadas no direito positivo desses meados do século XIX, foi após a Primeira Guerra Mundial que surgiram documentos mais expressivos como Constituição mexicana de 1917 e principalmente a Constituição de Weimar de 1919.

Os direitos de segunda geração têm como nota distintiva o reconhecimento da igualdade entre os indivíduos, ou melhor, ainda, eles —[...]

nasceram abraçados ao princípio da igualdade [...] Bonavides (2008, p. 564), obrigando o Estado a promover ações niveladoras das desigualdades.

Segundo ensinamentos de Sarlet:

[...] os direitos de segunda geração podem ser considerados uma densificação do princípio da justiça social, além de corresponderem às reivindicações das classes menos favorecidas, de modo especial da classe operária, a título de compensação, em virtude da extrema desigualdade que caracterizava (e, de certa forma, ainda caracteriza) as relações com a classe empregadora, notadamente detentora de um maior ou menor grau e poder econômico. (SARLET, p. 56)

Os direitos da segunda geração ligam-se ao princípio da igualdade, por isso, eles são relativos quanto a exigência de participação do Estado na realização da justiça social, ou da solidariedade social, por meio de medidas efetivas para garantir o mínimo necessário à vida digna do ser humano, proporcionado o efetivo exercício da liberdade.

Para Sampaio, há distinções internas entre estes direitos sociais:

Os *direitos sociais* propriamente ditos seriam aqueles necessários à participação plena na vida da sociedade, incluindo o direito à educação, a instituir e manter uma família, à proteção da maternidade e da infância; bem como para permitir o gozo efetivo dos direitos de primeira geração, como o reconhecimento do direito ao lazer e o direito a não haver discriminação. Já os *direitos econômicos* se destinam a garantir um nível mínimo de vida e segurança materiais de modo que a cada pessoa desenvolva suas potencialidades. Estão nesta lista os direitos trabalhistas, a exemplo do direito ao trabalho e a um salário mínimo digno, e previdenciário, direito de assistência social, do direito à saúde, à alimentação, ao vestuário e o direito à moradia. Por fim os direitos culturais dizem respeito ao resgate, estímulo e a preservação das formas de reprodução cultural das comunidades, bem como se destinam a possibilitar a participação de todos nas riquezas espirituais comunitárias. (SAMPAIO, 2004, p. 263)

Com relação à sua titularidade, para uma grande maioria doutrinária, os direitos de segunda geração, da mesma forma que os da primeira, continuam pertencendo ao indivíduo, considerado em sua singularidade.

Porém, no âmbito do Estado de Direito Social, o individualismo do Estado de Direito Liberal começa a ser substituído pelo coletivismo, ou transindividualismo, ao passo que são socializados direitos antes essencialmente individuais em razão do surgimento de novas carências sociais, conseqüentemente, de novos sujeitos de direito, como a família e os sindicatos de trabalhadores.

Nesse sentido, Mancuso (MANCUSO, 2004, p. 63) afirma que os interesses coletivos podem expressar-se de várias formas por meio destes novos sujeitos de direitos: *os interesses coletivos, [...] tendem a aglutinar-se, compondo assim os vários grupos, segmentos ou corpos intermediários da sociedade civil: sindicatos, associações, família, partidos políticos etc.*

Desse modo, o homem, a partir do *Welfare State*, deixa de ser analisado sob a ótica isolada de sua singularidade para ser visto em um contexto social como homem trabalhador, homem jovem, homem idoso etc.

Nesse sentido se manifesta Bastos:

[...] os interesses coletivos dizem respeito ao homem socialmente vinculado e não ao homem isoladamente considerado. Colhem, pois, o homem não como simples pessoa física tomada à parte, mas sim como membro de uma família, o profissional vinculado a uma corporação, os acionistas de uma grande sociedade anônima, o condomínio de um edifício de apartamentos. (BASTOS, 1981, p. 37)

Pode-se afirmar que os direitos coletivos ou de coletividades estariam contidos nos direitos de segunda geração, dada à iminência destes direitos de igualarem situações de desigualdade entre classes sociais (BONAVIDES, 2008, p. 564).

Hodiernamente, os direitos reconhecidos como de segunda geração não se confundem com os anteriores, visto que as necessidades sociais eram distintas.

Ademais, os direitos transindividuais, muito embora tenham seu nascedouro com os direitos de segunda geração, irão se desenvolver com maior evidência em uma sociedade dita pós-moderna.

1.2.3 Dos Direitos de Terceira Geração

Considerando as transformações políticas e jurídicas pelas quais os Estados têm passado em decorrência dos processos de Globalização e o Neoliberalismo, não serão analisadas as forma de Estado.

Contudo, no que diz respeito à titularidade de direitos transindividuais, constatou-se que começou a ser desenhada com o implemento dos direitos de segunda geração e atingiu o ápice com os de terceira geração.

Nos ensinamentos de Bonavides:

Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos de terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, ou de um grupo ou de determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existência concreta. (BONAVIDES, 2008, p. 569)

Com a complexidade das relações intersubjetivas novas garantias são necessárias para tutela dos direitos coletivos de terceira geração, notadamente internacional ou transfronteiriço.

A título de exemplo, destaca-se dentre os direitos tidos como de fraternidade os seguintes: o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e à comunicação (BONAVIDES, 2008, p. 569). São os bens essenciais à vida humana, a exemplo da água potável, meio ambiente equilibrado e livre de agressões por substâncias tóxicas e alimentos saudáveis, sem a influência de conservantes e outros elementos químicos nocivos.

Duas questões influenciaram diretamente o surgimento e desenvolvimento da concepção coletiva e devem ser levadas em consideração.

A primeira, foi a superação da divisão direito público e privado e a outra, foi a aproximação do *commom Law* e *civil Law*.

A Superação da *Summa Divisio* Direito Público e Direito Privado diz respeito, conforme já visto, ao surgimento dos direitos de titularidade coletiva, cujo início se deu com o reconhecimento da existência destes direitos, inicialmente à classe de trabalhadores e depois a outros grupos sociais.

A dicotomia direito público/direito privado, durante muito tempo, serviu de base para estruturar o pensamento jurídico. Ocorre que, com o aparecimento dos direitos de segunda geração (direitos sociais, culturais e econômicos), tal dicotomia entrou em crise, pois, o Estado, então de Direito Social, passou a ter que realizar ações por meio de interferências no setor privado, na época regida por uma concepção jusnaturalista, própria de um Estado neutro.

Almeida, 2008, p. 410 comenta quatro crises da *summa divisio* direito público e direito privado: a) crise de enquadramento metodológico e conceitual; b) crise de relacionamento entre direito público e direito privado; c) crise de enquadramento das novas categorias constitucionais fundamentais; d) crise de

legitimidade social e as dificuldades de tornar o direito, no âmbito da *summa divisio* clássica, instrumento de combate à pobreza e às desigualdades sociais¹.

Na visão processualista, Cappelletti, 1977, p.135 preocupado com a legitimação a respeito do autor na ação coletiva, concluiu que a *summa divisio* aparece irreparavelmente superada diante da realidade complexa da época.

No que tange à questão da aproximação entre os sistemas jurídicos da *commom Law* e da *civil Law*, ocorrida em decorrência da segunda onda de acesso à justiça, há primeiro que se observar que os sistemas jurídicos podem ser divididos em *civil Law* e a *common Law*². O sistema jurídico brasileiro é integrante da família romano-germânica, *civil Law*.

Atualmente, quando se fala em tutela de direitos ou interesses transindividuais o sistema normativo mais avançado é o norte-americano através das *class actions*, previstas na *Rule 23* das *Federals Rules of Civil Procedure* (GIDI 2008, p. 30). Inclusive, o sistema jurídico brasileiro de tutela coletiva foi concebido indiretamente com base nas *class actions* americanas³.

Juristas italianos, da década de 1970, como Cappelletti, promoveram uma aproximação dos sistemas jurídicos da *commom Law* e da *civil Law*, em termos de direito material e processual coletivo.

Cappelletti (1988, p. 7), juntamente com o norte-americano Bryant Garth elaboraram extensa pesquisa de direito comparado sobre o acesso à justiça,

¹ O enquadramento metodológico do Direito Público e do Direito Privado, no plano da ordem jurídica, não corresponde ao modelo de sociedade complexa e à complexidade do Direito, com titularidade ampliada subjetivamente e com dimensão objetiva, que se renova com as transformações sociais.[...] o público tem se privatizado progressivamente quando o Estado é tomado por empresas e, por outro, as ações individuais acabam por dissolver a mínima e necessária homogeneidade social [...]. O próprio Direito Coletivo não tem campo próprio de enquadramento no âmbito da *summa divisio* Direito Público e Direito Privado.[...] o modelo da *summa divisio* clássica, Direito Público e Direito Privado, que ganhou corpo no Estado Absolutista e se consagrou no Estado Liberal de Direito, é atualmente um dos principais obstáculos ao combate à pobreza e às desigualdades sociais. (ALMEIDA, 2008, p.410- 415)

² Dentre as várias dissensões entre as duas, destaca-se: a hierarquia normativa e a função do juiz. Na *civil law*, a fonte de maior hierarquia normativa é a Lei e dela emana praticamente toda a estrutura normativa nesses sistemas jurídicos, a fonte primordial, quase exclusiva, do direito nos países da família romano-germânica. A função dos juristas parece ser fundamentalmente a de descobrir, com auxílio de vários processos de interpretação, a solução que em cada caso corresponde à vontade do legislador. No sistema anglo-saxão, a fonte normativa de maior valor é a jurisprudência. Nos países da *common law*, os julgados (*stare decisis*) assumem um papel de maior preponderância do que a lei. Assim, os juízes da *common law* possuem maior autonomia para exercerem sua atividade judicativa. As decisões judiciais visam dar solução ao processo, e não formular uma regra geral de conduta aplicável no futuro.

³ Na verdade, a doutrina nacional buscou substrato para elaborar nossa jurisdição transindividual junto ao sistema jurídico italiano, e este, por sua vez, foi configurado conforme o sistema norte-americano.

desenvolvida no contexto do denominado Projeto de Florença, que foi publicado em quatro volumes. O primeiro volume recebeu o título de *Acesso à Justiça*.

Através desses estudos, duas premissas básicas foram fixadas, primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos, segundo, o sistema deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Dessa forma, a justiça social pressupõe, necessariamente, o acesso efetivo a uma ordem jurídica justa (CAPPELLETTI, 1988, p. 9).

O acesso à justiça somente ganhou contornos efetivos no âmbito do Estado de Direito Social, quando foram reconhecidos direitos à igualdade (segunda geração) e os indivíduos, enquanto agrupamentos sociais.

A partir desse novo enfoque, o acesso à justiça pode ser encarado como requisito fundamental, como um direito humano básico, de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantias, e não apenas proclamar direitos de todos (CAPPELLETTI, 1988, p. 12).

BOBBIO (p. 24) ao analisar os direitos humanos fundamentais afirmou que o problema fundamental em relação aos direitos do homem é mais protegê-los, que justificá-los.

O acesso à Justiça, segundo Cappelletti, (1988, p. 12) *não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística.*

Cappelletti (1988, p. 15-20), elenca alguns dos principais obstáculos a esse acesso: a) custas judiciais, àquelas propriamente ditas ou às indiretas (gastos com advogados, tempo para manter uma causa etc.); b) diferentes possibilidades das partes, no tocante à disponibilidade de recursos financeiros, aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa, às diferenças evidentes entre os litigantes habituais e os eventuais; c) problemas especiais dos interesses difusos, dada sua natureza difusa.

Para superação de tais obstáculos foram apresentadas pelo autor algumas soluções, através das ondas de acesso à Justiça: a primeira onda, diz respeito à assistência judiciária para os pobres que encontram dificuldades de pagar custas etc.; a segunda onda relaciona-se com as reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses transindividuais e a terceira, chamada, enfoque de acesso à justiça, visa a superar o enfoque da representação em juízo,

direcionando-se ao que os autores denominaram de enfoque global de acesso à justiça (CAPPELLETTI, 1988, p. 31-73).

Para o presente estudo a segunda onda tem maior relevância, pois é ela que demonstra preocupação com a tutela processual dos interesses transindividuais.

Segundo Cappelletti e Garth (1988, p. 50), a concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo será visto apenas como um assunto entre duas partes, e os *novos direitos* que pertencem a um grupo, ou a um segmento do público não se enquadrava bem nesse esquema. Assim, ao se estudar meios de proporcionar representação jurídica efetiva e adequada para os interesses transindividuais, ocorreu uma aproximação da família da *common Law* com a *civil Law*, pois o paradigma de estudo utilizado por Cappelletti e Garth foram as transformações ocorridas no sistema jurídico norte-americano, notadamente a reforma da *Rule 23* das *Federais Rules of Civil Procedure*, de 1966.

A partir desse estudo, o sistema jurídico de tutela processual dos interesses transindividuais italiano aproximou-se do sistema norte-americano, conseqüentemente, os demais que seguiram o modelo da Itália, como o Brasil, também, aproximaram-se.

1.2.4 Dos Direitos de Quarta e Quinta Gerações

Há textos doutrinários que mencionam os chamados direitos fundamentais de quarta geração, contudo, estes ainda não foram acolhidos explicitamente pela ordem interna e internacional, principalmente por não existirem argumentos, sejam explícitos ou implícitos, no ordenamento constitucional, e dessa forma, não gozarem de emancipação e sequer de uma defesa firme quanto ao seu reconhecimento.

Da mesma forma, existem estudos que afirmam a existência de direitos fundamentais de quinta geração, também, sem uma base sólida fundamentada quanto a sua existência, não havendo, ainda, nem mesmo consenso sobre quais direitos devem ser assim classificados.

Segundo Sampaio (2004, p. 298), tais direitos fundamentais de quarta geração seriam mero desdobramento dos direitos de terceira geração, “com

destaque para a vida permanente e saudável na terra, compondo os direitos intergeracionais a uma vida saudável ou a um ambiente equilibrado". Reconhecido o direito à vida das gerações futuras e a uma existência saudável, e ao desenvolvimento sustentável, impondo limites aos avanços das ciências, notadamente da biotecnologia, bioengenharia e da manipulação genética, ressaltando a dignidade humana.

Os direitos fundamentais de quarta geração⁴, portanto, ainda não foram completamente reconhecidos pela ordem jurídica em geral, assim, pouco são reconhecidos por organismos internacionais, e por ordenamentos jurídicos internos dos países.

Quanto aos direitos ditos de uma quinta geração ou dimensão de direitos fundamentais, segundo Sampaio (2004, p. 302) seriam basicamente os direitos que envolveriam segurança humana garantida através da compaixão, cuidado e amor por todas as formas de vida.

Da mesma forma que os direitos de quarta geração não se encontram reconhecidos pela ordem jurídica.

1.3 A EVOLUÇÃO DA CIÊNCIA PROCESSUAL

A irradiação dos valores constitucionais sobre todos os ramos do direito levou o operador do direito a compreender a necessidade de uma visão processual mais consentânea com a realidade constitucional, desvirtuada do formalismo que sempre lhe foi inerente (SAMPAIO JUNIOR, 2008, p. 40).

Segundo ensinamentos de Sampaio Junior, o novo direito processual passou a ter por objeto a busca pela concretização dos direitos fundamentais:

⁴ Bonavides (2003, p. 570-571), inclui o próprio pensamento neoliberal, que contribui para a debilitação dos laços de soberania: *"Há, contudo, outra globalização política, que ora se desenvolve, sobre a qual não tem jurisdição a ideologia neoliberal. Radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia. Globalizar direitos fundamentais equivale a universalizá-los no campo institucional. Só assim aufere humanização e legitimidade um conceito que, doutro modo, qual vem acontecendo de último, poderá aparelhar unicamente a servidão do porvir. A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos de quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado Social. São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência."*

Os direitos e garantias fundamentais são quem comandam todo esse processo de compreensão da Constituição como centro do ordenamento jurídico e de um processo que tenha como premissa a concretização desses direitos em cada caso concreto. Para tanto, o jurista contemporâneo, necessariamente, tem que levar em consideração os valores no estudo da ciência jurídica, bem como, se despir do manto da neutralidade e pureza, que por muito tempo o transformou em autômato, sem nenhuma preocupação social por seus atos. Na realidade, houve uma aproximação da Ciência com a Filosofia. (SAMPAIO JUNIOR 2008, p. 40-41)

Assim, o processo distanciou-se de uma conotação privatística, deixou de lado a utilização meramente individual para ser um mecanismo do Estado em busca da realização da justiça. (CAMBI, 2007, p. 26).

É o que se observa nos ensinamentos de Cappelletti e Garth:

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todo. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 12-13)

Portanto, o processo se voltou à tutela de uma ordem superior de princípios e de valores que estão acima dos interesses controversos das partes e que, em seu conjunto, estão voltados à realização do bem comum, da coletividade.

Adotou-se a preponderância da ordem pública sobre os interesses privados em conflito, o que se manifestou em vários pontos da dogmática processual, como no caso da garantia constitucional de inafastabilidade da jurisdição, na garantia do contraditório e da ampla defesa, ainda no dever de fundamentação das decisões judiciais, nas indisponibilidades, entre outros (CAMBI, 2007, p. 26).

A sociedade passou a vivenciar a legalidade e efetividade constitucional considerando que as normas constitucionais passaram a ser tratadas como normas jurídicas, dotadas de imperatividade e aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contemplam. (BARROSO, 2008, p. 329).

Como afirma Santi Romano, o direito constitucional não é um simples ramo do direito, e sim, o próprio tronco do Direito do Estado de onde partem todos os demais ramos (ROMANO, 1977. p. 10).

Hodiernamente, o processo não é mais um simples instrumento de solução dos litígios, mas meio de realização do direito e instrumento de proteção e respeito aos direitos fundamentais.

Canotilho (2003, p. 968) destaca que “as normas da Constituição referentes ao processo constitucional integram o chamado *direito processual formalmente constitucional*”.

A origem do estudo do direito processual constitucional ocorreu com Hans Kelsen e sua defesa aos instrumentos processuais que garantem o cumprimento das normas constitucionais (GUERRA FILHO, 1993. p. 111).

Nelson Nery Junior diferencia direito constitucional processual como o conjunto das normas de direito processual que se encontram na Constituição Federal, e direito processual constitucional como a reunião dos princípios para o fim de regular a denominada jurisdição constitucional. Por isso, não se tratarem de ramos novos do direito processual (NERY JUNIOR, 2000. p. 20).

Por sua vez, Willis Santiago Guerra Filho afirma não admite a dualidade direito processual constitucional e direito constitucional processual, [...] visto que o primeiro, sim, pode vir a ser considerado um novo ramo do Direito Processual, tendo por objeto a temática indicada no texto, enquanto de um Direito Constitucional Processual (ou Civil, Penal etc.) só se pode falar em um sentido metafórico (GUERRA FILHO, 2007, p. 17).

Inobstante a tais discussões, o processo deverá ser visto como instrumento do Estado para o exercício da jurisdição e garantia de todos, tendo entre as finalidades a solução dos conflitos através de uma decisão com poder de comando, em substituição à vontade do particular que decorre da própria Constituição Federal, e não apenas um mero conjunto de regras para a declaração do direito material, mas um instrumento público para a realização da justiça.

Nos ensinamentos de Dinamarco:

[...] o processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático, nela proclamados; ele é, por assim dizer, os microcosmos democráticos do Estado-de-direito, com as conotações da liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade. (DINAMARCO, 1999, p. 25)

Assim, uma nova ordem constitucional impôs um processo de constitucionalização do direito, ou seja, há um regime constitucional do processo no texto da Lei Maior pela interação de dispositivos que consagram os direitos fundamentais portadores de uma dimensão processual Didier Junior (2007, p. 338).

Tendo em vista a ampla compreensão de processo em sede constitucional, desnecessária a discussão direito constitucional processual e direito processual constitucional. Todavia, conforme comenta Dinamarco (2001, p. 188), nada impede de dizer que o mais pertinente seria a expressão direito processual constitucional, considerando o conteúdo processual da Constituição.

O estudo do processo deve ser feito a partir dos princípios, garantias e disposições constantes na Constituição Federal, assim, grande é a influência da Lei Maior no processo civil, onde a Constituição Federal dita o padrão político do processo por uma série de preceitos constitucionais que devem ser rigorosamente observados pelo legislador ao estabelecer normas infraconstitucionais, e pelo intérprete, notadamente o juiz, responsável imediato por interpretar os textos legais.

Neste diapasão, o processo deve ser capaz de prover os direitos públicos e privados, da máxima garantia social, com o mínimo de sacrifício das liberdades individuais e coletivas.

1.4 O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de analisar o atual papel do judiciário brasileiro na efetividade dos direitos fundamentais é necessário um breve relato histórico do mesmo.

O Poder Judiciário pode ser compreendido em duas fases: a do Império e a da República.

Primeiro, com a Constituição Brasileira, de 1824, foi instituído o Supremo Tribunal de Justiça composto de juízes letrados. Ficou estabelecido que "o Poder Judicial seria independente, e composto de Juízes e Jurados, os quais terão lugar, assim no cível como no crime, nos casos e pelo modo que os códigos determinarem" (VELLOSO, 2001, p. 5).

Em decorrência da inexistência, na Carta Política do Império, do controle de constitucionalidade das leis e da Administração Pública pelo Judiciário o Supremo Tribunal de Justiça não se firmou como poder, pois, não tinha característica de poder político.

Com a proclamação da República, em 1889, o Decreto nº. 510, de 22 de junho de 1890 e promulgada a Constituição Republicana, em 1891 surgiu o Supremo Tribunal Federal, como poder, nos moldes da Suprema Corte americana, com poderes de declarar a inconstitucionalidade de leis.

A Constituição de 1891 instituiu não somente a forma republicana de governo, mas, também, a forma de Estado Federal.

"Com a Carta de 1937, ocorreu a supressão da Justiça Federal de primeira instância, deixando de ser um sistema dual, e sim o da Justiça única, mas a estadual, salvo a competência do Supremo Tribunal" (VELLOSO, 2001, p. 8).

A Justiça Federal de primeira instância foi restaurada através do Ato Institucional nº. 2, de 1965, e a Constituição de 1967 estabeleceu, em seu artigo 107, os seguintes órgãos do Poder Judiciário: a) Supremo Tribunal Federal, com 16 ministros; b) Tribunal Federal de Recursos e Juízes Federais; c) Tribunais e Juízes Militares; d) Tribunais e Juízes Eleitorais; e) Tribunais e Juízes do Trabalho. A justiça dos Estados-membros foi consignada no artigo 136.

Atualmente, com a Constituição de 1998, fazem parte do Poder Judiciários os seguintes órgãos: Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, os Tribunais Federais e Juízes Federais, os Tribunais e Juízes do Trabalho, os Tribunais e Juízes Eleitorais, os Tribunais e Juízes Militares e os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e seus territórios. Também, restou prevista a criação dos Juizados Especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo.

O Judiciário passou a ser um poder político com controle de constitucionalidade e jurisdição constitucional de liberdade.

Neste diapasão, foi ampliado o controle normativo do Poder Judiciário, surgindo a prerrogativa e o dever de implementar e viabilizar os direitos fundamentais (GRAU, 2002, p. 335).

Países como o Brasil, onde o Estado não assegura o mínimo essencial ao desenvolvimento das pessoas, apresenta problemas na efetivação dos direitos fundamentais.

O papel do Judiciário, em um Estado constitucional democrático, é o de interpretar a Constituição e as leis, resguardando direitos e assegurando o respeito ao ordenamento jurídico, na concepção de Barroso.

O artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, garante o direito fundamental à tutela jurisdicional.

Conforme já relatado, a jurisdição constitucional exerce um importante papel no controle jurídico do poder político, uma vez que os direitos fundamentais são tão importantes que a sua tutela não pode ficar nas mãos da simples maioria parlamentar. Assim, toda violação ou ameaça de violação de direito poderá ser submetida à apreciação do Poder Judiciário, que possui o poder-dever de aplicar o Direito da forma mais eficaz possível. O Judiciário está vinculado, de forma imediata, à realização dos direitos fundamentais e, diante da omissão do legislador ou do administrador, não pode quedar-se inerte (CAMBI, 2009, p. 211).

O artigo 5º, XXXV, da CF, deve ser interpretado não apenas como direito de acesso à justiça, mas como um direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, célere e efetiva e a responsabilidade do juiz alcança agora a responsabilidade pelo sucesso político das finalidades impostas aos demais poderes pelas exigências do Estado Social.

Portanto, quando o Poder Executivo, ou o Poder Legislativo, não exercem suas funções de forma a garantir o cumprimento dos direitos sociais, cabe ao Judiciário o dever de fazê-lo, dando cumprimento às normas que versam sobre tais direitos. Os órgãos do Poder Judiciário não apenas se encontram vinculados à Constituição e aos direitos fundamentais, também exercem o controle de constitucionalidade dos atos dos demais órgãos estatais (SARLET, 2008, p. 393).

Resta claro, portanto, que a função do Poder Judiciário, não se restringe a tarefa de subsunção do fato à letra de lei, mas apresenta uma atuação em favor da concretização das normas constitucionais, especialmente as de direitos sociais, inovando na interpretação das normas constitucionais, porém, nos limites impostos pela própria Constituição Federal (CAMBI, 2009, p. 195).

No entanto, alguns doutrinadores consideram tal atuação como ativismo judicial, como uma extrapolação de suas funções dentro do cenário jurídico, ou seja, que atuação do Judiciário representaria uma usurpação de competências do Legislativo e Executivo.

A esse respeito Cambi apresenta importante observação:

No entanto, há de se evitar os riscos de se transformar a *desneutralização* política do Judiciário no indesejável *governo dos juizes*. Isso seria lamentável, não só pelo fato dos juizes não terem sido eleitos, ao contrário dos membros do Poder Executivo ou Legislativo, mas também por não terem os magistrados *mandatos fixos* e, mais, por gozarem de garantias de vitaliciedade e da inamovibilidade, semente poderiam ser retirados de seus cargos por medidas extremas e excepcionais. (CAMBI 2009, p. 196)

Em suma, as transformações sociais, implementadas pela Constituição de 1988, concederam ao Poder Judiciário a prerrogativa e o dever de concretizar os direitos fundamentais, conseqüentemente, a cada juiz foi atribuída responsabilidade pela efetivação dos direitos fundamentais, por meio da aplicação e da integração que confirmam às normas a maior eficácia possível, no âmbito do sistema jurídico.

Desta forma, o *juiz social* esbarra na adoção de uma postura mais ativista, fundada em postulados de justiça, em busca da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

A mudança de paradigma jurídico-político provocado pela constitucionalização do direito, pelo advento da Carta de 1988 e do Estado Democrático de Direito, gerou para o Poder Judiciário o poder-dever de zelar e concretizar direitos fundamentais, surgindo uma nova função traduzida como ativismo jurisdicional, que permite à magistratura uma atuação com base em procedimentos interpretativos de legitimação de aspirações sociais.

Foi necessário que ocorresse um processo de desneutralização do poder judiciário, que liberou o juiz do apertado condicionamento da estrita legalidade e da responsabilidade exclusivamente retrospectiva. Diante disso, foi imposta uma responsabilidade prospectiva, relacionada à efetividade dos direitos fundamentais (CAMBI, 2009, p. 194).

O ativismo judicial liga-se ao processo de interpretação e concretização dos direitos fundamentais sociais. Considerando que a tutela jurisdicional somente é prestada quando devidamente provocada, frisa-se a importância no desenvolvimento de mecanismos processuais.

Considerando que o exercício da jurisdição depende de sensível pré-compreensão das questões que envolvam a efetivação dos direitos fundamentais, o magistrado não está mais condicionado a estrita legalidade, ou seja, o judiciário não restringe mais sua função à tarefa de subsunção do fato à letra de lei

e assume ao lado do Poder Executivo e Legislativo a responsabilidade pela concretização dos direitos fundamentais (CAMBI, 2009, p. 196).

Todavia, não deve o juiz comportar-se como legislador, mas com a postura de um juiz que utiliza de sua interpretação para concretizar fins estabelecidos pela própria Constituição.

Dessa forma, tal atuação judicial deve respeitar os limites impostos pela própria Constituição, não cabendo aos juízes o papel de criação de normas, prolação de sentenças impossíveis de serem cumpridas, ou mesmo de utilização de sua atuação como meio para encobrir arbitrariedades.

Nos ensinamentos de Cambi:

[...] para tanto o controle judicial de políticas públicas deve respeitar o princípio da subsidiariedade. Compete ao judiciário atuar somente como órgão de controlo do Legislativo ou do Executivo, quando restar caracterizada a atuação ou omissão inconstitucionais, vale dizer quando estes poderes frustrarem a missão constitucional de implementação dos direitos fundamentais. (CAMBI, 2009, p. 201)

Assim, se o poder executivo não desempenha suas funções de forma eficiente, assegurando o respeito a direitos fundamentais mínimos, caberá, no Estado Social, ao poder judiciário determinar o reconhecimento e efetivação de referidos direitos.

Conforme já explicitado, no Estado Contemporâneo, a jurisdição não se limita a puramente a aplicação dos textos jurídicos, cumpre ao Judiciário justificar o significado da norma jurídica para que se harmonize com a realidade social.

Nesse sentido Cambi explica:

Por isto, a alternativa ao *passivismo judiciário*, não é o *ativismo tosco*, pelo qual o juiz estaria livre para julgar conforme o seu senso de justiça. Pregar que o juiz pode ignorar a Constituição ou as leis, os precedentes judiciais que buscaram interpretá-las e os ensinamentos doutrinários que os aclamaram, para permitir que o juiz impusesse o seu próprio ponto de vista, abriria um enorme espaço para a *tiranía*.

A intervenção judicial não é ampla e incondicionada. Depende da prévia verificação da violação dos direitos fundamentais. Nestas hipóteses, o judiciário não pode se eximir de tutelar esses direitos. Dentro dos parâmetros estabelecidos pela argumentação jurídica, sempre mediante decisões motivadas e voltadas à legitimação do exercício do poder jurisdicional, o *protagonismo judiciário*, assim compreendido, justifica-se. (CAMBI explica (2009, p. 247):

Ademais, em situações extremas de violação dos direitos fundamentais também é defendida a intervenção judicial, quando caracterizada uma conduta do agente público que seja incompatível com o que preconiza a Constituição. Nesse contexto, deverá o Judiciário interpretar valores, princípios e regras jurídicas, transformar texto em norma, afastar regra em desconformidade com a Constituição ou com princípios gerais, sendo tal atividade controlada pelos direitos e garantias fundamentais constitucionais.

1.5 DO ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Na pós-modernidade, aumentaram as dificuldades enfrentadas pelo Estado no desempenho da função pacificadora, ou seja, aumentou a dificuldade para por fim aos conflitos emergentes mediante apenas da inquisição normativista ou por intermédio de maciça rigidez legislativa. E no decorrer dos anos, observou-se uma busca da efetividade da pacificação social, refletida através de várias reformas legislativas voltadas à melhoria no desenvolvimento da atividade jurisdicional.

O acesso à justiça é um direito constitucionalmente garantido no art. 5º, XXXV, da nossa Carta Magna. Todavia, não basta o mero acesso formal ao sistema jurídico, mas deve-se garantir a efetividade dos direitos, conforme entendimento do jurista Watanabe ao discorrer sobre o assunto:

Não se trata apenas e somente de possibilitar o acesso à Justiça como instituição estatal, mas de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa. Dados elementares do direito à ordem jurídica justa são: a) o direito à informação; b) o direito à adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país; c) o direito ao acesso a uma Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; d) o direito a preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos; e, e) o direito à remoção dos obstáculos que se anteponham ao acesso efetivo a uma Justiça que tenha tais características. (WATANABE, 1988, p. 128)

É imperioso conhecer o real significado da concepção da expressão “acesso à Justiça” e desenvolver mecanismos aptos para fazer cumprir os novos direitos sociais e econômicos, caso contrário estes passarão a meras declarações políticas.

Segundo o doutrinador Mauro Cappelletti (1988), a expressão é utilizada para fixar duas finalidades básicas do sistema jurídico, pelo qual as

peças podem pleitear seus direitos e pôr termo às contendas por meio da atuação do Estado.

Portanto, o acesso à justiça compreende a prestação de uma tutela jurisdicional ágil e de maior utilidade à garantia do acesso a uma tutela jurisdicional justa, efetiva, que somente se torna possível se houver instrumentos adequados para alcançá-la.

A sociedade moderna se encontra em constante evolução, e as relações humanas são investidas de tal dinamismo, que é evidente que a prestação jurisdicional estatal deixou de satisfazer e alcançar os seus anseios, principalmente, com a universalização da tutela jurisdicional no Brasil, que aumentou o ajuizamento das demandas e agravou o problema da morosidade no julgamento dos conflitos.

Segundo Theodoro Junior:

Numa conjuntura como esta em que o indivíduo, sem anular-se, cede terreno ao coletivo e social, o processo, obviamente, não pode ser visto como simples ritual formalístico da atividade forense. Sua função, além de jurídica, é também política e social, pois é por seus caminhos que se logra atingir, com efetividade, o predomínio da moderna ordem das garantias fundamentais. Dele se espera não apenas a fria aplicação da lei, mas a melhor e mais justa realização do plano das liberdades traçado pela Carta Magna. Torna-se pequena a tradicional denominação de devido processo legal que aos poucos se vai substituindo pelo justo processo da lei. (Theodoro Junior, 1999, p. 5)

Ocorre que muitas reformas acabam mitigadas em favor de interesses políticos e econômicos afastando as searas minoritárias ainda mais da justiça que pugnam.

2 TUTELA COLETIVA

Antes de adentrar ao tema da teoria da ação coletiva, necessário tecer algumas observações a respeito de tutela.

A priori, ressalta-se que interesse e tutela relacionam-se juridicamente uma vez que os interesses representam o direito material que quando violados necessitam de proteção, e a tutela é concedida pela norma processual.

Dessa forma, quando o jurisdicionado comparece ao Poder Judiciário e requer que uma tutela específica recaia sobre o seu interesse, ele exercita seu direito constitucional e processual de ação.

Para Cintra (2002, p. 20) ação é *“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”*.

Considera-se assim, uma tutela jurídica e a tutela jurisdicional.

Segundo Bellinetti (1999, p. 98) a tutela jurídica *“significa a proteção do Direito para os direitos subjetivos e qualquer forma de atuar lícito”*, enquanto que a tutela jurisdicional é *“a proteção do Estado com base no Direito, para esses direitos e atividades lícitas, quando envolvido em um conflito jurídico de interesses”*.

Em síntese, pode-se dizer que a tutela jurídica é a proteção prevista no próprio Direito, ao passo que a tutela jurisdicional é a proteção oriunda do Estado, diante de um conflito de interesses.

A respeito da tutela jurídica, explicam Garth e Cappeletti (1988, p. 9), em obra que constitui um marco no estudo do acesso à justiça, que durante os séculos dezoito e dezenove, nos estados liberais burgueses, os procedimentos para a resolução de litígios refletiam uma filosofia essencialmente individualista dos direitos, onde o direito ao acesso à proteção judicial representava mero direito formal do indivíduo de propor ou contestar uma ação, cabendo ao Estado, que permanecia passivo, apenas impedir que seus direitos fossem infringidos por outros.

Ocorre que, com os avanços da sociedade, as relações humanas passaram a ser investidas de tal dinamismo que é evidente que a legislação vigente deixou de satisfazer e alcançar os seus anseios sendo necessários mecanismos apropriados para a defesa dos sobreditos interesses transindividuais, que transcenderam a relação individual tradicional.

No entendimento do jurista italiano Cappeletti (1977, p. 128), os instrumentos processuais clássicos voltados para a resolução de lides individuais precisavam se adequar a essa nova realidade.

Identificando os problemas que dificultavam o acesso à justiça aos interesses coletivos, fala do conceito tradicional e individualista da legitimidade para agir, já que, em regra, não se admite o uso do processo a quem não seja titular (ou que se afirme como titular) da relação deduzida em juízo. Referido problema precisa ser superado em razão do caráter metaindividual dos novos interesses e direitos, sendo necessária a elaboração de um novo conceito de legitimação fundado em uma relação ideológica entre a parte que representará a coletividade (parte ideológica ou *ideological plaintiff*) e a relação deduzida em juízo (CAPPELETTI 1977, p. 128).

Com a coletivização no tratamento das questões jurisdicionais, como um dos recentes objetivos do processo civil de resultados e o reconhecimento e a relevância dos direitos supraindividuais, evidenciou-se a necessidade de adequação da técnica processual, marcadamente individualista, às necessidades de uma tutela coletiva, já que a inadequada utilização de institutos de caráter privatístico e individual, quando do trato de matéria referente à coletividade, afrontam o princípio da efetividade e o conceito de cidadania na processualística democrática.

Referida tutela jurisdicional transindividual deve ser apta para garantir os interesses transindividuais acordo com as suas características. Segundo de Bellinetti:

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, consequentemente, a inadequação dos institutos e conceitos processuais tradicionais para solucionar os litígios de índole coletiva. (BELLINETTI 2000, p. 125)

É notória a importância do papel exercido pela tutela jurisdicional coletiva como instrumento do acesso à justiça, como verdadeiro exercício democrático de cidadania. Todavia, para que tal desiderato seja alcançado é necessária a superação de certos dogmas da processualidade clássica, cunhados no individualismo.

2.1 TEORIA DA AÇÃO COLETIVA

Quanto às ações coletivas coube à doutrina e à jurisprudência sua definição uma vez que, o Código de Defesa do Consumidor e a lei de ação civil pública não definiram.

As ações serão coletivas porque veiculam pretensões coletivas, sejam estas essencialmente coletivas (interesses difusos e coletivos), ou acidentalmente coletivas (interesses individuais homogêneos) (VIGLIAR 2003, p. 51).

Para que se possa conceituar o que vem a serem as ações coletivas é necessário considerar que as ações coletivas ampliaram o rol dos legitimados à sua propositura, bem como, o instituto da coisa julgada possui aspectos *sui generis* no ordenamento, cuja extensão dos efeitos pode ser *erga omnes* ou *ultra partes*, dependendo do tipo de direito em debate, se é interesse ou direito difuso, ou coletivo ou individual homogêneo.

Assevera Pizzol:

[...] a ação coletiva, assim como toda a espécie de ação, deve ser conceituada a partir dos seus três elementos (partes, causa de pedir, pedido). A causa de pedir e o pedido dão contornos do objeto do processo (lide). As partes definem a legitimidade ativa e passiva. Logo, para que uma ação seja classificada como individual ou coletiva, é mister que se analise esses três aspectos, os quais estão indissociavelmente ligados ao direito material que o autor afirma ter sido lesado ou ameaçado de lesão. (PIZZOL 1998, p. 84-85)

No entendimento de Shimura:

A expressão 'ação coletiva' (*não individual*) constitui-se em *gênero* que alberga todas as ações que tenham por objeto a tutela jurisdicional coletiva (direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos), diferenciando-se da 'ação individual', que tem por finalidade veicular pretensão puramente subjetiva e particularizada. Não se desconhece que cada qual pode ter as suas peculiaridades e procedimentos específicos, mas todas estão voltadas a servir de instrumento de proteção de interesses coletivos. (SHIMURA 2005, p.151)

Segundo Watanabe para definir ação coletiva mister levar em consideração:

A natureza verdadeiramente coletiva da demanda depende não somente da legitimação ativa para a ação e da natureza dos interesses ou direitos nela veiculados, como também da causa de pedir invocadas e do tipo e abrangência do provimento jurisdicional postulado e, ainda, da relação de adequação entre esses elementos objetivos da ação e a legitimação ad causam passiva. WATANABE (1998, p. 195)

Pode-se, então, definir ação coletiva como o instrumento processual por meio do qual os legitimados legais pedem ao Judiciário a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, com efeitos *erga omnes* ou *ultra partes*, para beneficiar toda a coletividade, categoria, grupo ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato ou de direito.

Gidi (1995, p. 15) aponta como indispensável para uma ação ser considerada coletiva alguns requisitos como legitimidade para agir, objeto do processo e coisa julgada. Diante de tais aspectos define a ação coletiva como: *ação proposta por um legitimado autônomo (legitimidade) em defesa de um direito coletivamente considerado (objeto), cuja imutabilidade do comando da sentença atingirá uma comunidade ou coletividade (coisa julgada).*

Marinoni (2008, p. 748) ao tratar da ação para tutela de direitos difusos e coletivos afirma que não se pode dizer que realmente existe uma ação coletiva, mas sim que existe uma categoria de ações, que apesar de distintas entre si recebem o rótulo de ações coletivas e podem veicular quaisquer espécies de pretensões, sejam elas *inibitória-executiva, reintegratória, do adimplemento na forma específica, ou ressarcitória (na forma específica ou pelo equivalente monetário).*

Bellinetti (2000, p. 128), em artigo já mencionado, que fala sobre as ações coletivas, a relação jurídica e as condições da ação nos interesses transindividuais, adota a tese defendida por Kelsen⁵ e ressalta que, quando se trata de tutela dos interesses transindividuais, *“a ideia 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”.*

Conforme observado, o autor (BELLINETTI, 2000, p. 127) defende que no caso de interesses coletivos a utilização do conceito kelseniano de relação

⁵ Segundo o autor, o conteúdo das normas jurídicas é formado por condutas, ações ou omissões e não propriamente pelos indivíduos, de forma que relação jurídica formaliza-se entre o ordenamento e o indivíduo, ou seja, de acordo com o indicado pela norma 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.”*(KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 185).

jurídica apresenta-se mais adequada para seu entendimento e tutela, sem pretender suprimir a visão tradicional de relação jurídica para tutelar individualmente os direitos subjetivos.

Nessa esteira, defende Bellinetti (2000, p. 125), que 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, estatuinto o dever jurídico de respeito a esses bens ou valores*”.

Utilizando-se dessa vertente da relação jurídica, Bellinetti explica alguns institutos do processo coletivo, que dessa forma seriam melhor compreendidos, já que para o autor nada mudaria quanto a outros conceitos como os de interesse processual e possibilidade jurídica do pedido⁶.

Porém, o mesmo não aconteceria com os conceitos de titularidade e legitimidade, nem em relação aos limites da coisa julgada.

Em análise a teoria defendida por Kelsen, Bellinetti (2000, p. 129) constata que *a legitimidade ativa ou passiva deriva do ordenamento e não de uma vinculação entre o sujeito (passivo) do dever e o sujeito (ativo) do poder jurídico*, e transporta tal entendimento para as ações coletivas, sanando a questão da legitimidade extraordinária ou mesmo substituição processual.

Dessa forma, os detentores da legitimidade serão aqueles previstos pela norma para o implemento da obrigação jurídica (passiva), a legitimidade seja ela ativa, ou mesmo a passiva, será decorrente do próprio ordenamento, e terão legitimidade aqueles a quem o ordenamento determinar, sendo, portanto, a legitimidade ordinária, não havendo que se falar em legitimidade extraordinária ou mesmo em substituição processual.

Aplicada a mesma linha de raciocínio aos limites subjetivos da coisa julgada material, qual seja, de que os efeitos subjetivos da coisa julgada se

⁶ Assim, no âmbito do direito material, a **titularidade** passa a ser apenas a vinculação do sujeito (ativo ou passivo) ao ordenamento; a **legitimidade** passa a significar o poder conferido pelo ordenamento para influir na criação ou aplicação da norma (ativa) ou para sujeitar-se ao dever jurídico nela estatuído (passiva); o **interesse** passa a significar as vantagens e desvantagens que a criação ou aplicação da norma podem trazer ao titular do poder ou do dever ; a **capacidade** passa a significar a aptidão conferida pelo ordenamento para o efetivo cumprimento pessoal do dever ou a para efetiva influência pessoal na criação ou aplicação da norma⁶; a **possibilidade física ou jurídica** passa a ser não do objeto, mas do fato determinado pela norma; finalmente, a **forma adequada** deve ser vista como o conjunto de requisitos materiais ou extrínsecos que devem estar presentes para que a atividade dos indivíduos possa existir ou ter eficácia perante o ordenamento (BELLINETTI, 2000, p. 129).

estendem a quem é imputado o dever jurídico imposto pela norma (réu), ter-se-ia que na relação jurídica processual, o réu torna-se vinculado ao comando sentencial por força da autoridade da coisa julgada material, conseqüentemente, impedimento de voltar a discutir a mesma matéria em outro feito, por uma questão lógica.

Referido tema será abordado com maior clareza em tópico específico sobre a coisa julgada, na ação preconizada, na Lei 7.913/89.

2.2 TUTELA COLETIVA NO BRASIL

Para se caracterizarem como direitos coletivos, os direitos devem possuir transindividualidade na titularidade do interesse por ele tutelado, ou seja, abandonar a visão tradicional, na qual a titularidade do direito apresenta-se como interesse privado ou individual, contrapondo-se aos interesses públicos e sociais.

Antes de adentrar na conceituação adotada pelo direito brasileiro cumpre fazer um breve histórico da tutela dos direitos transindividuais no nosso ordenamento.

Muito embora, parte da doutrina entenda que o direito processual coletivo remonta ao direito romano ou medieval (NERY JUNIOR, 2001, p. 599)⁷, a sua consolidação é contemporânea, pois, somente a partir da segunda metade do século XX, passou a ser dotada de princípios, legislação, doutrina e disciplina pertinentes.

No Brasil, a história das ações coletivas liga-se à emergência de novas necessidades decorrentes do compartilhamento de bens e interesses coletivos e sociais. Dentre os principais diplomas legais que versam sobre direitos coletivos destacam-se a Lei de Ação Popular Constitucional, editada em 1965, a Lei Ambiental nº 6.938/81, a Lei da Ação Civil Pública (LACP- Lei 7.347/85), o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA-Lei nº 8.069/90) e, sobretudo, a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) que, inclusive, ampliou a abrangência da lei de ação civil pública e disciplinou uma nova categoria de direitos, denominada de

⁷ *“A existência dos direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos) não é novo, pois já era conhecido dos romanos. Nem a terminologia difusos é nova. Com efeito, as acciones populares do direito romano previstas no Digesto 47,23, 1, que eram essencialmente privadas, destinavam-se à proteção dos interesses da sociedade. Qualquer um do povo podia ajuizá-las, mas não agia em nome de direito individual seu, mas como membro da comunidade...”*(Nelson Nery Junior. Ação civil pública no processo do trabalho. In Edis Milaré (coord.). Ação civil pública, Lei 7.347/1985- 15 anos. São Paulo: RT , p. 599-622, 2001).

individuais homogêneos, e a Constituição Federal de 1988, que introduziu várias inovações, inclusive no campo das demandas coletivas.

Ressalta-se que o principal instrumento processual para a tutela dos interesses metaindividuais, em nossa legislação, é a ação civil pública ou coletiva, prevista, inicialmente, na Lei nº 7.347/85 (LACP), e, posteriormente, também através da Lei 8.078/90 (CDC).

A Lei da Ação Popular (LAP) foi o primeiro diploma concebido especificamente para tutela dos interesses da coletividade e apresentou uma proteção pontual dos direitos metaindividuais que contava com uma legitimação e objetos limitados (ARENHART, 2003, p. 152).

Por sua vez, a Constituição Federal de 1988 é um importante instrumento democrático e constitucional de acesso ao Poder Judiciário. Além de princípios que norteiam a tutela dos interesses coletivos, prevê em seu bojo o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, da CF) e a ação de improbidade administrativa, prevista no artigo 37, §4º.

O mandado de segurança coletivo apresenta como principal objetivo a verificação da inconstitucionalidade ou ilegalidade do ato de agente do Poder Público, ou a ele equiparado. Seu cabimento dá-se em relação aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A ação de improbidade administrativa, regulada pela Lei 8.429, de 02.06.1992, em suma, busca tutelar o direito transindividual dos cidadãos de ter um governo honesto, eficiente e zeloso pelas coisas públicas. Guarda identidade de propósitos com a ação civil pública e a ação popular, neste aspecto. Contudo, diferencia-se delas pelo seu objeto imediato que visa *punir* os responsáveis por ilícito de improbidade, apresentando-se como ação de caráter eminentemente repressivo.

Ainda, no que tange às ações coletivas, a Constituição Federal atribuiu legitimidade às associações (CF, art. 5º, inciso XXI), e aos sindicatos (art. 8º, inciso III). Em seu art. 232, atribuiu-se legitimidade também aos índios e às suas comunidades e organizações. O rol de legitimados para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade foi ampliado (art. 103). Incumbiu o Ministério Público na função de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127) ⁸.

⁸ No art. 129 CF, o rol de funções institucionais do Ministério Público, entre as quais merece destaque para os fins do presente estudo: “*promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a*

Em 07 de dezembro de 1989, foi editada a Lei nº 7.913 e o legislador disciplinou, pela primeira vez, a utilização da ação coletiva no âmbito do mercado de capitais.

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, as normas processuais reguladas neste diploma legal, juntamente com aquelas previstas na Lei da Ação Civil Pública, passaram a compor o que a doutrina denomina de “direito processual coletivo”, ou “microsistema processual coletivo”.

Consideráveis foram os avanços legislativos operados no Brasil, os quais contribuirão para a efetiva e gradual substituição, a médio prazo, das ações individuais, pelas coletivas, em consonância com os novos padrões, anseios e conflitos da atual “sociedade de massa”. Entretanto, há um longo caminho a percorrer até que o direito processual coletivo ganhe a efetiva importância que lhe deve ser atribuído no sistema jurídico brasileiro, uma vez que, por vezes os próprios operadores do direito não demonstram efetiva familiaridade com os chamados direitos transindividuais e com o “processo civil coletivo”, atuando e decidindo com base na concepção tradicional de solução de conflitos, de caráter manifestamente individualista.

2.2.1 A Ação Civil Pública

O advento da Lei nº 7.347/85 significou um marco na efetivação da participação democrática e trouxe efetiva proteção aos direitos difusos, materialmente reconhecidos, mas na prática, muitas vezes alijados de proteção judicial e sem efetiva proteção judicial.

A Lei n. 7.347/85⁹ foi o primeiro diploma normativo que efetivamente buscou sistematizar a tutela dos interesses transindividuais. Em seu artigo 1.º, dispõe que podem ser objeto da ação civil pública, além dos demais bens e direitos ali enumerados, qualquer outro interesse difuso ou coletivo, sendo que os interesses individuais homogêneos também foram incluídos, em razão da edição da Lei

proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”; e “exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade”.

⁹ À LACP se aplicam, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Civil (art. 19), e, portanto, os significativos avanços nele incorporados, também (art. 21 da Lei 7.347/85), os dispositivos processuais previstos nos artigos 81 a 104 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).

8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). 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.

Sobre tal caracterização do diploma legal, Mancuso (2002, p.28) 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”*.

No art. 3º, da Lei da Ação Civil Pública, está prevista a possibilidade de obter o ressarcimento e também provimentos que imponham prestações de fazer ou não fazer. Em seu artigo 4º, a Lei prevê a possibilidade de “ser ajuizada ação cautelar [...] objetivando, inclusive, evitar o dano [...]” aos bens jurídicos por ela tutelados. Em que pese denominada de *cautelar*, a ação destinada a evitar dano a direito material é evidentemente destinada a obter tutela *preventiva*. Não se trata, portanto, de tutela cautelar¹⁰, mas de tutela definitiva do próprio direito material (ZAVASCKI, 2000, p. 60).

Segundo dispõe o art. 5º, da Lei 7.347/85, *a ação civil pública e a cautelar correspondente “poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que: I – esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil; II – inclua, entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico”*.

Quanto ao Ministério Público, sua legitimação para a tutela de direitos ou interesses difusos e coletivos constitui função institucional que tem a chancela superior da Constituição Federal (art. 129, III).

Já a legitimação das pessoas de direito público (União, Estados, Municípios), referidas na Lei da Ação Civil Pública, deve ser associada, necessariamente, ao interesse de agir. *“Para propor ou contestar ação”*, diz o artigo 3º do CPC, *“é necessário ter interesse e legitimidade”*.

¹⁰ Cautelar provisória, formada à base de juízos de verossimilhança, para conferir garantia à utilidade do processo, sujeita a modificação ou revogação.

Ressalta-se que, na ação civil pública, a procedência do pedido importará, conforme o caso, outorga da tutela jurisdicional geral ou específica, líquida ou ilíquida, condenatória, declaratória, constitutiva, mandamental ou executiva, mediante sentença que seja congruente com a natureza do que foi postulado.

Quanto à sentença proferida na ação civil pública sua natureza é peculiar, uma vez que confere apenas tutela de conteúdo genérico, com juízo limitado ao âmbito da homogeneidade dos direitos objetos da demanda.

O artigo 16, da Lei da Ação Civil Pública, preconiza que *“a sentença fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”*.

Sobre o âmbito de eficácia, a imutabilidade da sentença, na ação civil pública, segundo o art. 16 da Lei 7.347/85, é *“erga omnes’, nos limites da competência territorial do órgão prolator”*. A extensão subjetiva universal apresenta-se como consequência natural da transindividualidade e da indivisibilidade do direito tutelado na demanda¹¹. Ademais, a limitação territorial da coisa julgada é, na prática, ineficaz em relação a ela. Não se pode circunscrever territorialmente o juízo de certeza sobre a existência ou a inexistência ou o modo de ser de relação jurídica.

No que tange a fase do cumprimento da sentença, como qualquer outra se submete ao regime do Código de Processo Civil. Contudo, o procedimento a ser adotado, portanto, dependerá da natureza da prestação a ser cumprida.

Quando se trata de obrigação de fazer e não fazer ou de obrigação de entrega de coisa, observar-se-á ao disposto nos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil. Caso seja uma obrigação de pagar quantia dará ensejo à postulação das providências próprias do regime de execução previstas no Código de Processo Civil.

Pelo fato da natureza do direito material tutelado, que é transindividual gera na execução duas consequências importantes, uma primeira, relacionada com a legitimidade ativa, onde seus legitimados são os mesmos entes e

¹¹ Se o que se tutela são direitos indivisíveis e pertencentes à coletividade, a sujeitos indeterminados, não há como estabelecer limites subjetivos à imutabilidade da sentença. Ou ela é imutável, e, portanto, o será para todos, ou ela não é imutável, e, portanto, não faz coisa julgada.

instituições habilitados para a fase cognitiva, arrolados no art. 5º da Lei 7.347/85. Porém, segundo dispõe o artigo 15, da Lei da Ação Civil Pública, se quem demandou no processo de conhecimento não promova a execução ou não requeira o cumprimento da sentença no prazo de sessenta dias, será dever de o Ministério Público assumir tal encargo¹².

Uma segunda distinção diz respeito à destinação a ser dada ao produto da prestação paga. Caso a condenação seja em dinheiro, no caso dos interesses difusos e coletivos, o respectivo valor se reverterá, não ao patrimônio de uma ou de algumas pessoas determinadas e sim a um Fundo, gerido por um Conselho, com a participação obrigatória do Ministério Público e de representantes da comunidade, e os recursos serão “destinados à reconstituição dos bens lesados” (Lei 7.347/85, art. 13). Trata-se do Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, previsto na Lei 9.008, de 21/03/95, e no Decreto 1.306, de 09/11/94.

2.3 CONCEITUAÇÃO DOS INTERESSES OU DIREITOS TRANSINDIVIDUAIS

No Brasil, a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos ganhou força em 1990, com a edição da Lei 8.078 (Código de Defesa do Consumidor – CDC), porém, ressalta-se que, desde 1985, com a LACP, e de 1988, o art. 129, inciso III, da Constituição Federal, dispunha sobre os interesses difusos e coletivos.¹³

Baseado nos ensinamentos de Cappelletti, MAZZILLI define:

[...] situados numa posição intermediária entre interesse público e interesse privado, existem os interesses transindividuais (também chamados de coletivos, em sentido lato), os quais são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas (como 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 a constituir interesse público. MAZZILLI (2006, p. 48)

Imperioso destacar, num primeiro momento, que a maior parte dos doutrinadores não realiza a distinção entre as expressões “*direito*” e “*interesse*”,

¹² O mesmo deverá ocorrer se, no curso da execução, houver desistência ou abandono da causa, aplicando-se, por analogia, o disposto no art. 5º, § 3º, da mesma Lei.

¹³ **Art 129** – São funções institucionais do Ministério Público [...] III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

tampouco o legislador brasileiro a fez, conforme se extrai no art. 81 do Código de Defesa do Consumidor que, ao conceituar direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos¹⁴, utiliza os dois termos indistintamente:

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

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

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

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

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

Lenza (2005, p. 55) defende inexistir qualquer relevância prática na distinção entre os termos *direito* e *interesse*, em que pese a doutrina clássica usar a terminologia “*direito*” para se referir a um interesse juridicamente protegido pertencente a um sujeito determinável (indivíduo). Tal fato, em princípio, levaria à conclusão da impossibilidade de se denominar de *direito* os *interesses transindividuais*, tendo em vista que ultrapassam a esfera do indivíduo.

Segundo Rizzato Nunes:

Tem que se entender ambos os termos como sinônimos, na medida e que “interesse” semanticamente em todos os casos, tem o sentido de prerrogativa e esta é o exercício de direito subjetivo. Logo, direito e interesse tem o mesmo valor semântico: direito subjetivo ou prerrogativa, protegidos pelo sistema jurídico. (RIZZATO NUNES 2005, p. 86)

No mesmo sentido, Watanabe *apud* Grinover afirma:

Os termos “interesses” e “direitos” foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a serem amparados pelo direito, os “interesses” assumem o mesmo *status* de “direitos”, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teóricos, para a busca de uma

¹⁴ Ressalta-se que a conceituação legal brasileira é criticada por Antonio Gidi (2005, p. 201), que a considera “*fruto de uma teorização artificial e abstrata realizada pela doutrina italiana quando, na década de setenta e oitenta, tentava compreender o fenômeno inédito das demandas coletivas norte-americanas*”. Segundo Gidi esses direitos são definidos simplesmente como “direitos de grupo” que podem ser chamados internacionalmente de: coletivos, difusos, individuais homogêneos, sociais, de coletividade, de comunidade, de classe, de série, de setor, de categoria, dispersos, programados, legítimos, públicos, difundidos, profissionais, fragmentários, sem estrutura, sem dono (adespoti), anônimos, transpessoais, supraindividuais, metaindividuais, superindividuais, transindividuais, pluri-individuais, pluri-individuais, individuais plurais, plurisubjetivos, de incidência coletiva etc .

diferenciação ontológica entre eles. (WATANABE 2004, *apud* GRINOVER, *et.al*, p.739)

Na presente pesquisa as expressões serão utilizadas como sinônimos.

2.3.1 Interesses ou Direitos Difusos

Segundo definição de Mazzilli:

Os interesses difusos compreendem grupos menos determinados de pessoas (melhor do que pessoas indeterminadas são antes pessoas indetermináveis), entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático preciso. São como um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que se encontram unidas por circunstâncias de fato conexas. (MAZZILLI 2006, p. 50-51)

Analisando o disposto no art. 81, inciso I do Código de Defesa do Consumidor¹⁵, observa-se que os interesses ou direitos difusos apresentam as seguintes características: a) titulares indetermináveis; b) titulares ligados por uma circunstância de fato, c) direitos ou interesses indivisíveis.

Consoante à explicação de Benjamin, Lima Marques e Bessa,

[...] os direitos difusos são materialmente coletivos. Não é a lei que lhes impõe artificialmente esta característica plural, e sim o fato de serem necessariamente usufruídos por um número indeterminado de pessoas. Não se trata, também, de união de diversas pretensões individuais num único processo. Em face da ausência de um titular específico do direito somada à vinculação processual entre esta titularidade e a *legitimatío ad causam* (arts. 6º e 267, VI, do CPC), faz-se necessário que a lei indique pessoas que tenham legitimidade de requerer sua proteção jurisdicional. (BENJAMIN, LIMA MARQUES e BESSA 2006, p. 3)

Assim, a principal característica destes direitos e interesses reside na indivisibilidade do objeto e na indeterminação de seus titulares.

Discorre Lenza que:

¹⁵ **Art. 81** - A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

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

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

[...] no tocante aos interesses difusos, a indivisibilidade é ampla e absoluta, na medida em que, como não se consegue determinar os seus sujeitos, não se pode falar em partição de algo que pertence a todos indistintamente, ou, em outras palavras, não se pode dividir algo que pertence a pessoas indefinidas. (LENZA 2005, P. 76)

Bellinetti (2005, p. 7) conceitua os direitos difusos como “os transindividuais, de natureza indivisível, que sejam pertinentes a um grupo indeterminado de pessoas, ligadas por circunstâncias de fato”.

Em suma, é possível dizer que os direitos difusos são aqueles que afetam toda a coletividade em sua definição mais ampla, e cujos reflexos devem se espalhar de tal forma que dispensa uma identificação dos possíveis lesados.

Podem-se analisar tais direitos ou interesses sob dois diferentes aspectos subjetivos, um primeiro, no qual se verificam as características da indeterminação dos membros do grupo ao qual o interesse pertence, ou seja, os titulares dos direitos difusos formam uma comunidade de pessoas indeterminadas e indetermináveis. Já, o segundo aspecto subjetivo dos direitos difusos diz respeito à inexistência de relação jurídica base entre tais pessoas, ou seja, não há uma prévia circunstância jurídica entre os titulares dos direitos que estabeleça uma ligação entre as pessoas difusamente consideradas e o obrigado.

No que tange ao aspecto objetivo, é característica dos direitos difusos a indivisibilidade do objeto, ou do bem jurídico tutelado, que resulta da própria natureza desses direitos que pertence a todos indistintamente, e, conseqüentemente, uma única ofensa prejudica, ou uma solução beneficia a todos.

2.3.2 Interesses ou direitos coletivos

O inciso II, parágrafo único, do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor¹⁶, dispõe que os caracteres do direito coletivo em sentido estrito são: a) sujeitos determináveis; b) direitos ou interesses indivisíveis; c) titulares ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

Nas palavras de APPIO:

¹⁶ Art. 81 - A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

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

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

[...] no caso dos interesses coletivos, estes demandam uma especial condição de seus titulares, uma vez que a lei e a Constituição outorgam prerrogativas jurídicas a determinadas classes de pessoas diante de sua peculiar condição. Os interesses coletivos estão, portanto, adstritos a um interesse de proteção específica de determinada categoria profissional ou classe de cidadãos. Portanto, não é o interesse que tem natureza indisponível, mas sim, o bem ao qual este interesse está afetado. (APPIO 2007, p. 63)

Da mesma forma que os direitos difusos, os direitos coletivos em sentido estrito são substancial ou essencialmente coletivos. Apresentam um aspecto subjetivo, onde os titulares dos direitos coletivos são indeterminados, mas determináveis.

Os titulares dos direitos coletivos são determináveis porque podem ser identificados em razão da existência de uma relação jurídica base que os une ou que os vincula a uma parte contrária. É a principal diferença entre os direitos coletivos e os direitos difusos.

Grinover manifesta-se da seguinte forma:

O que distingue os interesses difusos dos coletivos, no sistema do Código, é o elemento subjetivo, porquanto nos primeiros inexistente qualquer vínculo jurídico que ligue os membros do grupo entre si ou com a parte contrária, de maneira que os titulares dos interesses difusos são indeterminados e indetermináveis, unidos apenas por circunstâncias de fato (como morar na mesma região, consumir os mesmos produtos, participar das mesmas atividades empresariais). Nos interesses coletivos, ao contrário, tem-se um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por uma relação jurídica-base instituída entre elas (como acontece, por exemplo, quanto aos membros de uma associação) ou com a parte contrária (como nas relações tributárias, em que cada contribuinte é titular de uma relação jurídica com o fisco). (GRINOVER 2000, p. 9)

Bellinetti (2005, p. 07) define os interesses coletivos como:

Os interesses de natureza indivisível, que sejam concernentes a um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base preexistente.

Isto significa dizer que há uma relação jurídica base preexistente à lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico, entre os componentes do grupo, ou entre eles e a parte contrária. Em outras palavras, essa relação jurídica base pode ser representada por um elo existente entre os próprios consumidores.

O direito coletivo, no aspecto objetivo, protege um objeto ou um bem jurídico indivisível, não pertencendo a um indivíduo em particular, mas a todos em

conjunto e simultaneamente. Se o objeto for divisível, é individual ou individual homogêneo, e não coletivo.

Nunes diferencia os direitos coletivos dos individuais homogêneos:

Como se viu, o objeto do Direito Coletivo é indivisível. O que vai acontecer é que o efeito da violação a um direito coletivo gere também um direito individual ou individual homogêneo. Assim, por exemplo, o mau tratamento da água fornecida aos usuários é típico caso de Direito Coletivo com objeto indivisível, mas simultaneamente seu fornecimento e consumo podem gerar dano à saúde de um consumidor individualmente considerado. (RIZZATO NUNES, 2005, p. 90)

Observa-se que para fazer a comparação o autor tomou por ponto de partida a indivisibilidade ou não do objeto ou bem jurídico protegido.

2.3.3 Interesses ou Direitos Individuais Homogêneos

Segundo Zavaski (2007, 159-161) designam um conjunto de direitos subjetivos individuais de origem comum, que em razão de sua homogeneidade, podem ser tutelados coletivamente, estes direitos não representam um novo direito material, mas uma nova classificação de direitos subjetivos individuais.

No entendimento de Barbosa Moreira são:

[...] interesses referíveis individualmente aos vários membros da coletividade atingida, e não fica excluída *a priori* a eventualidade de funcionarem os meios de tutela em proveito de uma parte deles, ou até de um único interessado, nem a de desembocar o processo na vitória de um ou de alguns e, simultaneamente, na derrota de outro ou de outros. O fenômeno adquire, entretanto, dimensão *social* em razão do grande número de interessados e das graves repercussões na comunidade; numa palavra: do 'impacto de massa'. (BARBOSA MOREIRA, 1985)

Bellinetti (2005, p.7) conceitua os direitos individuais homogêneos como “os interesses divisíveis de pessoas determináveis, que o ordenamento permite serem tratados englobadamente e de forma indivisa por derivarem de uma origem comum”.

As características dos direitos individuais homogêneos, que ajudam a identificá-los e a diferenciá-los dos direitos difusos e coletivos em sentido estrito são: a) titulares determinados ou determináveis; b) interesses ou direitos divisíveis; c) titulares ligados entre si por uma situação de fato ou de direito comum.

Quanto ao seu aspecto subjetivo, tem-se que nos direitos individuais homogêneos há um grupo determinado de pessoas a que diz respeito o interesse, ou seja, são direitos subjetivos individuais tratados de forma coletiva, por serem homogêneos em razão da origem comum. Em que pese, a existência de mais de um titular, não se trata de litisconsórcio ativo, em que duas ou mais pessoas com direitos próprios e individuais ingressam com ação pleiteando seus direitos, mas de direito individual homogêneo, coletivo. A relação jurídica base é posterior à lesão ao bem jurídico protegido pelo interesse difuso ou coletivo, e se configura entre os membros do grupo e a parte contrária.

Referida origem comum, que leva à homogeneidade dos direitos individuais, permitindo a sua tutela de forma globalizada, para Ada Pellegrini Grinover pode ser de fato ou de direito, bem como próxima ou remota, sendo que haverá menor homogeneidade dos direitos quanto mais remota for à origem (causa), segundo exemplifica a autora:

Mas é preciso observar que a origem comum (causa) pode ser próxima ou remota. Próxima, ou imediata, como no caso da queda de um avião, que vitimou diversas pessoas; remota, ou mediata, como no caso de um dano à saúde, imputado a um produto potencialmente nocivo, que pode ter tido como causa próxima as condições pessoais ou o uso inadequado do produto. Quanto mais remota for a causa, menos homogêneos serão os direitos. (GRINOVER, 2002, p. 31)

Complementa a autora:

Sobre homogeneidade, pouco se tem dito. Talvez a própria redação do dispositivo legal induza a pensar que a “homogeneidade pela origem comum” seja um único requisito. Os direitos seriam homogêneos sempre que tivessem origem comum. Parece evidente, no entanto, que a origem comum – sobretudo se for remota – pode não ser suficiente para caracterizar a homogeneidade. [...] Não há homogeneidade entre situações de fato ou de direito sobre as quais as características pessoais de cada um atuam de modo completamente diferente. (GRINOVER, 2002, p. 31)

No que tange ao aspecto objetivo, o objeto ou o bem jurídico tutelado é divisível, ou seja, os indivíduos são titulares de um mesmo direito individual homogêneo, mas o resultado real da violação é diverso para cada um, tal dano individualmente considerado será oportunamente apurado em liquidação de sentença.

Conforme ensina Lenza:

Por seu turno, os interesses individuais homogêneos caracterizam-se por sua divisibilidade plena, na medida em que, além de serem os seus sujeitos determinados, não existe, por regra, qualquer vínculo jurídico ou relação jurídica-base ligando-os, sendo que, em realidade, a conexão entre eles decorre de uma origem comum, como, por exemplo, o dano causado à saúde individual de determinados indivíduos, em decorrência da emissão de poluentes no ar por uma indústria. Diante disso, é perfeitamente identificável o prejuízo individual de cada qual, podendo-se dividir (cindir) o interesse, efetivando-se a prestação jurisdicional de maneira correlacionada ao dano particular. (LENZA, 2005, p. 55)

Cumprido ressaltar que na tutela coletiva de direitos individuais homogêneos há repartição da atividade cognitiva, representada por uma fase cognitiva coletiva a qual terá por fito a declaração do dever de reparar (art. 95 do Código de Defesa do Consumidor), e uma segunda fase liquidatória e executiva exercida individualmente, na qual se apurará o nexo de causalidade entre o dever de reparar o dano e o dano realmente existente a fim de constituir o título executivo judicial e passar à execução. (ZAVASCKI, 2007, p. 167)

3 A SOCIEDADE ANÔNIMA E O MERCADO DE CAPITAIS

Faz-se importante o estudo da Sociedade Anônima no presente trabalho, tendo em vista que boa parte dessas empresas possuem ações negociadas no mercado mobiliário. As sociedades anônimas, conforme se observará, possuem seu capital dividido em ações.

A sociedade anônima encontra-se regulamentada, fundamentalmente, pela Lei 6.404/76 e suas alterações, contidas na Lei 9.747/97 e na Lei 10.303/2001.

Cumprе ressaltar que para realizar operação de abertura de capital a empresa precisa de autorização da Comissão de Valores Mobiliários, que é o órgão fiscalizador do Mercado de Capitais brasileiro. A Comissão de Valores Mobiliários poderá recusar o registro das empresas que não atenderem os requisitos necessários e exigidos para sua admissão à negociação de seus títulos e valores mobiliários em bolsas. Da mesma forma, a Comissão de Valores Mobiliários poderá cancelar ou suspender o registro das sociedades que deixarem de prestar as informações periódicas.

No que tange ao Mercado de Capitais, também se mostra relevante seu estudo, pois, se por um lado as sociedades anônimas foram uma grande mola propulsora do desenvolvimento da indústria, por outro, o Mercado de Capitais, ao gerar recursos para investimento nas empresas, representou enorme fator de desenvolvimento empresarial.

Dessa forma, tratar-se-á da origem e evolução do Mercado de Capitais, sua estrutura de funcionamento e seu papel dentro da economia global e especificamente da economia brasileira, bem como o procedimento administrativo regulado pela Comissão de Valores Mobiliários, como tentativa de proteger não só o mercado de capitais dos abusos cometidos pelos administradores e controladores, mas os próprios investidores do mercado.

3.1 A SOCIEDADE ANÔNIMA E SUA EVOLUÇÃO NA EUROPA E NO BRASIL

A sociedade anônima, como tipo societário, limitando a responsabilidade dos sócios, foi uma importante descoberta dos tempos modernos.

Batalha (1999, p. 10-12) aponta como precedente histórico mais remoto das sociedades anônimas, as “*Societates vectigalium* ou *societates publicanorum*”, previstas no *Digesto*. Eram sociedades dotadas de personalidade jurídica e não se dissolviam pelo simples falecimento de um dos sócios, já era possível observar a limitação patrimonial da responsabilidade social.

Fundado em Gênova, em 1407, o Banco de *San Giorgio* (ou *Casa di San Giorgio*) pode ser considerado como o primeiro exemplo daquilo que, mais tarde, se conheceria como sociedade anônima. Tratava-se de uma sociedade de portadores de títulos de empréstimo público, que muito posteriormente se transformou em banco do Estado, e depois numa companhia colonial.

Na idade média, a necessidade de associação tornou-se mais iminente diante da necessidade do financiamento das grandes viagens para descobrimento de novas terras. Segundo NEGRÃO:

O Estado, associando-se aos investidores, como acionista majoritário ou, por muitas vezes, único, ou, quando ausente do quadro social, autorizador dos negócios e a efervescência dos novos mercados, resultado imediato das novas descobertas de terras e famosas viagens marítimas às Índias, fizeram proliferar um tipo de sociedade que limitava a responsabilidade dos investidores, permitindo o livre ingresso de um grande número de sócios. (NEGRÃO, 2008, p. 393)

Contudo, foi na transição da idade média para a idade moderna que as sociedades por ações surgiram efetivamente, mais concentradamente no século XVII, impulsionada pela política colonialista de domínio da América, Índia e África.

A Companhia Holandesa das Índias Orientais foi a primeira sociedade do gênero, formada pela fusão de oito outras associações constituídas para a armação de navios, em que os interesses da expedição naval eram divididos em quotas-partes iguais. Sua constituição de capital não ficou limitada a esses sócios, pois se admitiu o ingresso de quantos desejassem, sem limites de qualquer natureza.

Ressalta-se também, a criação da Companhia das Índias Ocidentais, nos mesmos moldes que a anterior e já apresentava separação entre o patrimônio dos administradores e da sociedade. Apresentou, ainda, condições para a realização das assembleias gerais, as quais se atribuiu competência para tratar e resolver todas as questões relativas à Companhia. Aos diretores foi imposta a restrição de negociar com a sociedade (VALVERDE, 1960, p. 10).

A livre negociação das ações foi causa da viabilidade da sociedade que se formava. A Bolsa de Amsterdã, que negociava com mercadorias, passou a cotar ações da novel companhia colonizadora. Concomitantemente, iniciaram-se os abusos nas manipulações da bolsa.

Portugal, também criou, em 1628, a Companhia do Comércio da Índia, a fim de combater as pretensões holandesas, principalmente com relação à exploração no Brasil (VALVERDE, 1960, p. 10).

No início, as sociedades anônimas surgiam de privilégio real, depois como órgãos administrativos do interesse do Estado para os grandes empreendimentos que necessitavam de avultados capitais. Somente a partir da Revolução Industrial pode desenvolver-se de forma desvinculada.

A plena liberdade de constituição das sociedades anônimas na França foi consagrada apenas pela lei de 24 de julho de 1867, vindo a ser consolidada pela lei 66-537 de 24 de julho de 1966, antes, porém, o Código Comercial francês de 1807 disciplinou as sociedades por ações, dependente de autorização governamental (BATALHA, 1999, p. 17).

No Brasil, em 1850, surgiu o Código de Comércio, este deu tratamento específico às sociedades anônimas.

Ressalta-se que a primeira companhia realmente brasileira, ainda outorgada por expressa autorização governamental e de relevância histórica, foi o Banco do Brasil, em 1808, criado pelo então príncipe regente D. João. O atual Banco a ele não se liga historicamente.

A plena liberdade de constituição apenas foi alcançada pelo Decreto no. 8.821 de 30 de dezembro de 1882. Ficou estabelecida a obrigação solidária dos administradores para restituírem à sociedade os dividendos indevidamente distribuídos. Também, foram impostas aos mesmos penas relativas a crime de estelionato.

Com a República, em 1889, passaram a ser reguladas matérias como a emissão de debêntures, em 1893; a submissão das companhias ao regime falimentar, em 1908; a possibilidade de constituição do capital social representado por ações preferenciais, em 1932. A constituição de 1937 vedava a propriedade de empresas jornalísticas, políticas ou noticiosas a sociedades por ações ao portador e a estrangeiros.

A partir de 1970, a negociação do mercado de ações foi acentuada, atingindo o apogeu numa desenfreada especulação com títulos acionários, afastando investidores. Com isso, os problemas da minoria acionária passaram a ser estudados com mais atenção, assim como a remodelação do sistema de administração.

Diante de uma legislação obsoleta surgiu a atual lei 6.604 em 1976, que foi naturalmente aperfeiçoada posteriormente para se tornar um dos instrumentos do capitalismo nacional mais próximo possível das transformações econômicas exigidas nacional e internacionalmente.

3.2 A SOCIEDADE ANÔNIMA MODERNA

Qualquer que venha a ser a atividade desenvolvida pela sociedade anônima tratar-se-á sempre de uma sociedade empresária, vez que o fim ou interesse social nas sociedades anônimas sempre é obter lucro.

É uma sociedade estatutária que apresenta como característica a impessoalidade da organização societária, não se reduzindo ao conjunto de acionistas, mas possui interesses próprios por vezes conflitantes com os dos acionistas.

Considerando o mencionado distanciamento dos acionistas perante a administração da sociedade anônima e o possível acesso da companhia ao mercado de valores é fundamental a submissão de seus atos sociedade anônima ao princípio da publicidade, portanto, além do arquivamento do ato constitutivo no Registro Público de Empresas Mercantis e negócios afins, também é necessária publicação da informação do registro para sua constituição. São ainda necessárias as publicações das atas das assembleias gerais, demonstrações financeiras e todos demais fatos relevantes que possam influenciar o investidor a comprar ou vender papéis, bem como a obtenção de registro perante a Comissão de Valores Mobiliários (Art.4º, § 1º, da Lei das Sociedades Anônimas).

3.2.1 Conceito

A definição de sociedade anônima, segundo Modesto Carvalhosa, é: *“pessoa jurídica de direito privado, de natureza mercantil, em que o capital se divide*

em ações de livre negociabilidade, limitando-se a responsabilidade dos subscritores ou acionistas ao preço de emissão das ações por eles subscritas ou adquiridas (CARVALHOSA, 2002, p. 431)”.

Dentre suas características destacam-se a limitação da responsabilidade dos sócios e a negociabilidade da participação societária, que se revelam como mecanismos apropriados para despertar o interesse de investidores e propiciar a reunião de grandes capitais.

No novo cenário econômico brasileiro, a adoção dessa forma societária por investidores e empresários, dos mais diferentes portes, se faz cada vez mais recorrente, considerando que a sociedade anônima moderna foi concebida com vistas a abrigar a macro-empresa.

Pontua Comparato:

Não existe, assim, um conceito “puro” e imutável de sociedade anônima, ou mesmo de sociedade mercantil, mas definições aproximativas, em cada época histórica. Da mesma forma, a permanente evolução da vida humana está sempre a gerar situações jurídicas não explicáveis, totalmente, com os antigos conceitos. (COMPARATO, 2005, p.106)

Para Coelho:

A sociedade anônima, também referida pela expressão ‘companhia’, é a sociedade empresária com capital social dividido em ações, espécie de valor mobiliário, na qual os sócios, chamados *acionistas*, respondem pelas obrigações sociais até o limite do preço de emissão das ações que possuem, sendo que “valores mobiliários” são todos os papéis emitidos pelas sociedades anônimas para captação de recursos financeiros no mercado, inclusive as ações. (COELHO, 2006, p. 63)

A partir de 1990, com abertura da economia brasileira, influenciada pela liberalização de mercado, muitas transformações ocorreram no cenário societário brasileiro, principalmente, porque ingressou capital estrangeiro no país, bem como houve aumento da presença de multinacionais, gerando um processo de reestruturação societária (fusões e incorporações) e influenciando a transformação das antigas estatais e empresas concessionárias. Ressalta-se que, algumas alterações beneficiaram os acionistas minoritários preferencialistas, como a atribuição do direito ao recebimento de dividendos preferenciais, também, o direito de fiscalização sobre as contas da sociedade e o fortalecimento da Comissão de Valores Mobiliários.

Tais modificações levaram a uma nova alteração legislativa e a lei das sociedades anônimas foi reformada pela Lei n. 10.303, de 31 de outubro de 2001, visando a proteção dos acionistas minoritários.

3.3 CARACTERÍSTICAS DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS

Sobre as características das sociedades anônimas REQUIÃO esclarece:

a) capital social dividido em ações: b) responsabilidade dos sócios limitada ao preço de emissão das ações. Como qualquer outra sociedade comercial, forma-se no mínimo, de dois sócios, aqui chamados acionistas. (REQUIÃO, 1995, p.12)

A companhia pode ser aberta ou fechada, conforme o artigo 4º da Lei n. 6.404/76, sendo a primeira àquela que tem seus valores mobiliários admitidos para negociação no mercado de valores, e a fechada, seu oposto, não possuindo valores mobiliários negociados em mercado, e por si só, somente recorrendo a pessoas que a própria companhia elege para seu desenvolvimento e manutenção, empréstimos bancários, mas não a negociação de seus valores mobiliários. Geralmente, tais sociedades são pequenas ou médias, e muito comumente familiares.

Ensina Coelho:

Essa classificação, fundamental para o direito societário, atende à necessidade de um modelo organizacional da empresa que possibilite a alavancagem de grande volume de capital. Em outros termos, há atividades econômicas que, pelo seu porte, exigem uma alta soma de recursos, e a exploração delas, por isso, dependente de um mecanismo jurídico que viabiliza a captação deles junto aos investidores em geral. (COELHO, 2006, p. 66)

Quanto ao regime jurídico da companhia aberta volta-se a necessidade de proporcionar a captação, recursos junto aos investidores em geral, dos consideráveis recursos econômicos reclamados pelos grandes empreendimentos (COELHO, 2002, p. 66), porém, mediante prévia autorização, que se materializa no registro dela mesma, bem como no dos lançamentos de seus

valores mobiliários no órgão governamental próprio, a Comissão de Valores Mobiliários¹⁷.

O artigo 80 da Lei das Sociedades por Ações define alguns critérios obrigatórios para a constituição de qualquer sociedade anônima:

Art. 80. A constituição da companhia depende do cumprimento dos seguintes requisitos preliminares:

I - subscrição, pelo menos por 2 (duas) pessoas, de todas as ações em que se divide o capital social fixado no estatuto;

II - realização, como entrada, de 10% (dez por cento), no mínimo, do preço de emissão das ações subscritas em dinheiro;

III - depósito, no Banco do Brasil S/A ou em outro estabelecimento bancário autorizado pela Comissão de Valores Mobiliários, da parte do capital realizado em dinheiro.

Parágrafo único. O disposto no número II não se aplica às companhias para as quais a lei exige realização inicial de parte maior do capital social.

As sociedades anônimas de capital aberto devem também solicitar a autorização a CVM (Comissão de Valores Mobiliários) para o seu registro.

O capital social, segundo a Lei 6.404/1976, é aquele declarado no estatuto social quando da constituição da sociedade, não necessariamente a soma de todas as ações subscritas.

As ações e os principais valores mobiliários serão abordados em tópico próprio.

3.3.1 Administração

Ao tratar da administração da sociedade anônima, torna-se relevante destacar a sua organização interna para a promoção de seus objetivos sociais, sobretudo, para a implementação da governança corporativa, composta pelos seguintes órgãos, nos termos da Lei no 6.404/76: assembleia geral, conselho de administração, diretoria e conselho fiscal.

Administrador é aquele que ao dirigir a sociedade à realização do objeto a que ela se propõe, coloca em prática as medidas de caráter econômico-financeiro, de comando e representação.

¹⁷ Comissão de Valores Mobiliários-CVM, autarquia federal ligada ao Ministério da Fazenda. Apenas com a autorização dessa autarquia é lícito à companhia oferecer-se à generalidade dos investidores como uma alternativa de investimento. É, a propósito, crime punido com reclusão de 2 a 8 anos, além de multa, proceder à captação de recursos junto à generalidade dos investidores sem a observância da autorização do governo (Lei n. 7.492/86, art. 7º).

Existem dois sistemas de estrutura da sociedade anônima.

O primeiro é o sistema monista, cuja estrutura da administração de sociedades anônimas é o que prevê órgão único de supervisão e controle dos atos de gestão da empresa, nesse caso, a assembleia geral dos acionistas.

O outro sistema, é o dualista, onde a atribuição da administração é dividida em dois órgãos, a assembleia geral e o conselho de administração.

A Lei das Sociedades Anônimas, no Brasil, adota o sistema dualista e em seus Artigos 138, § 2º e 239, torna obrigatório o conselho de administração para as companhias abertas e as de capital autorizado, sendo facultativo para os outros casos.

A assembleia geral (artigos 121 e seguintes, da Lei no 6.404/76) é o órgão deliberativo de mais alto grau na sociedade anônima, cabendo-lhe deliberar sobre todos os assuntos da companhia.

Por sua vez, o conselho de administração (artigos 138 e seguintes, da Lei no 6.404/76) é um órgão de deliberação colegiada e conforme já mencionado é obrigatório para as companhias de capital aberto ou autorizado, e facultativo para as companhias fechadas. Sua competência é ampla para deliberar sobre todas as questões de interesse da sociedade, salvo aquelas privativas da assembleia geral.

O artigo 142, da Lei no 6.404/76, prevê dentre suas competências:

Art. 142. Compete ao conselho de administração:

I - fixar a orientação geral dos negócios da companhia;

II - eleger e destituir os diretores da companhia e fixar-lhes as atribuições, observado o que a respeito dispuser o estatuto;

III - fiscalizar a gestão dos diretores, examinar, a qualquer tempo, os livros e papéis da companhia, solicitar informações sobre contratos celebrados ou em via de celebração, e quaisquer outros atos;

IV - convocar a assembleia-geral quando julgar conveniente, ou no caso do artigo 132;

V - manifestar-se sobre o relatório da administração e as contas da diretoria;

VI - manifestar-se previamente sobre atos ou contratos, quando o estatuto assim o exigir;

VII - deliberar, quando autorizado pelo estatuto, sobre a emissão de ações ou de bônus de subscrição;

VIII – autorizar, se o estatuto não dispuser em contrário, a alienação de bens do ativo não circulante, a constituição de ônus reais e a prestação de garantias a obrigações de terceiros; (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

IX - escolher e destituir os auditores independentes se houver.

§ 1º Serão arquivadas no registro do comércio e publicadas as atas das reuniões do conselho de administração que contiverem deliberação destinada a produzir efeitos perante terceiros. (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 2001)

§ 2º A escolha e a destituição do auditor independente ficarão sujeita a veto, devidamente fundamentado, dos conselheiros eleitos na forma do art. 141, § 4º, se houver. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)

Quanto à diretoria (artigos 143 e seguintes, da Lei no 6.404/76) é um órgão executivo obrigatório da companhia.

Fica encarregado pela administração direta da sociedade, cabendo-lhe realizar em concreto os objetivos sociais e as metas traçadas pela assembleia geral, bem como pelo conselho de administração.

Os artigos 161 e seguintes, Lei no 6.404/76 trazem o conselho fiscal, órgão de controle e fiscalização da atuação dos administradores da companhia,

Cumpra a referido órgão, dentre outras competências, fiscalizar por qualquer de seus membros os atos dos administradores e verificar o cumprimento dos seus deveres legais e estatutários.

Além, da diretoria e do conselho de administração, descritos na lei acionária, os estatutos poderão criar órgão técnicos e consultivos, os quais não poderão exercer funções delegadas e privativas daqueles órgãos (Lei das Sociedades Anônimas, art. 160).

3.3.2 Acionista Minoritário e Majoritário

O art. 1º da atual Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/76) refere-se aos "sócios ou acionistas". Na verdade o acionista é o sócio da sociedade anônima, ou seja, a pessoa física ou jurídica que se associa a outra para formar uma sociedade, apresenta-se como titular de ações.

A não permissão ao voto, para grande número de acionistas faz surgir as chamadas "minorias acionárias", que em regra ficam vulneráveis em face dos acionistas que detêm os votos necessários às deliberações de assembleias e são controladores da sociedade anônima.

Na sociedade moderna, para adquirir o controle da sociedade, o que importa são as ações com direito de voto, com as quais o grupo de acionista controla a empresa. Assim, pode-se ter um grande número de acionistas sem direito a voto e um número pequeno de acionistas com ações que lhes permitem o controle da sociedade, quando as ações estão dispersas e pulverizadas.

A preocupação do presente trabalho é a garantia de proteção à maioria acionária possuidora de ações sem direito a voto que se submetem aos interesses dos acionistas controladores.

3.3.3 Poder de Controle

Conforme já mencionado, nos tempos atuais, necessariamente o controle de uma companhia não é mais vinculado à propriedade da maioria do capital social, podendo, deste modo, assumir outras formas. Isso se deve ao fato das sociedades anônimas modernas capitalistas captarem os investimentos de inúmeros, ou milhares de acionistas, que acabam por possuir uma pequena fração do capital social e, conseqüentemente, do risco empresarial.

O investimento em ações de grandes empresas tem aumentado consideravelmente nos últimos anos, juntamente com a pulverização do capital das sociedades anônimas, onde se tem verificado a maior parte de ocorrências de desvinculação do controle de uma companhia e a propriedade do se capital social. Além, da concentração do poder de controle centrado na figura do acionista controlador.

Diante dessa nova estruturação do controle da companhia passou-se a exigir dos demais acionistas maior participação, não se limitando a orientação dos negócios, mas requerendo sua atuação na fiscalização dos atos praticados pela administração.

COMPARATO (2005, p.103) ao analisar a questão a conceituação do controle nas companhias entende que o mesmo é soberano: *“essa soberania na sociedade anônima, não se confunde com o exercício das funções administrativas. O controlador não precisa ser diretor da companhia, e pode mesmo nem ser acionista, como ocorre no controle externo”*.

Controle pode ser entendido como poder efetivo (LAMY FILHO & PEDREIRA, 2006, p. 238) que detém e exerce o acionista, para dirigir e orientar as atividades da sociedade, bem como o funcionamento dos órgãos sociais.

O exercício do controle de maneira eventual pelo acionista, ou o exercício do direito de voto, não bastam para caracterizar o controlador, tal controle deverá ser permanente.

A Lei das Sociedades Anônimas não apresenta um conceito de controle, porém, em seu artigo 116 conceitua “acionista controlador”:

Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

- a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e
- b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Segundo entendimento de Carvalhosa:

A expressão de “modo permanente” contida no presente dispositivo quer significar que existe um acionista um ou um grupo deles que, possuindo 50% mais uma das ações votantes, não poderá ser destituído do seu direito de eleger a maioria dos administradores por parte de qualquer outro grupo de acionistas e que, por isso mesmo, efetivamente exerce, sempre, esse direito. Essa maioria absoluta do capital votante outorga, outrossim, ao controlador o direito de, sempre, deliberar majoritariamente em matérias próprias de assembleias gerais, e reveste a administração por ele eleita de do caráter de estabilidade, na medida em que a maioria de seus membros somente poderá ser destituída por ele, controlador. (CARVALHOSA, 2011, p. 574)

O mesmo dispositivo legal apresenta como inerente a prerrogativa de controlador duas finalidades, quais sejam: cumprir a função social da empresa e respeitar e atender os direitos e interesses dos demais acionistas.

Referidas finalidades vão de encontro com os novos direitos e princípios do Estado de Direito e a nova geração de direitos de solidariedade, que buscam melhorias nas condições de trabalho, na oportunidade para deficientes, no respeito ao meio ambiente, no incentivo a programas artísticos e culturais, dentre outros.

As prerrogativas e finalidades apresentadas em relação ao acionista controlador, também se aplicam às sociedades controladoras.

O acionista controlador é o detentor do poder de hegemonia das decisões societárias, de comando, a quem a Lei n. 6.404/76, atribui os deveres contidos nos arts. 116 e 117, entre outros. O acionista controlador pode ser uma só pessoa natural ou jurídica, ou um grupo de pessoas.

Como regra fundamental do artigo não poderão os controladores buscar seus interesses pessoais em detrimento dos interesses da companhia e dos

seus acionistas minoritários. Constitui-se em um princípio, um dever de lealdade do controlador, normatizado, no parágrafo único do artigo 116, da Lei n. 6.404/76.

Em complemento a essa norma, de natureza programática, o mencionado art. 117¹⁸ tipifica, exemplificativamente, as hipóteses de abuso de poder pelo controlador.

A proteção dos acionistas minoritários tem sido objeto de inúmeras discussões no direito brasileiro, o que é evidente na Lei nº 6.404/76 quando observados seus artigos, tais como o artigo 129 que fixa o quórum mínimo de deliberação, artigo 141, que determina o voto múltiplo para eleição de conselheiro fiscal, artigo 221, que exige a unanimidade de votos para aprovação da transformação da companhia, dentre outros.

A Lei das Sociedades Anônimas conceitua sociedade controlada no art. 243, §2º: *“Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores”*.

¹⁸ Art. 117. O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.

§ 1º São modalidades de exercício abusivo de poder:

a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional;

b) promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, com o fim de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionistas, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;

c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízo a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia;

d) eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente;

e) induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta Lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembléia geral;

f) contratar com a companhia, diretamente ou através de outrem, ou de sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimento ou não equitativas;

g) aprovar ou fazer aprovar contas irregulares de administradores, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade.

h) subscrever ações, para os fins do disposto no art. 170, com a realização em bens estranhos ao objeto social da companhia. (Incluída dada pela Lei nº 9.457, de 1997)

§ 2º No caso da alínea e do § 1º, o administrador ou fiscal que praticar o ato ilegal responde solidariamente com o acionista controlador.

§ 3º O acionista controlador que exerce cargo de administrador ou fiscal tem também os deveres e responsabilidades próprios do cargo.

No que tange às companhias de capital disperso, entende CARVALHOSA que estas não possuem controlador:

As ações que formam aleatoriamente os blocos minoritários nas companhias de capital disperso pertencem ao *free floating* da Bolsa, Daí a falta de estabilidade na condução da companhia, sujeita, a todo o tempo, à tentativa de tomada de comando por outros blocos minoritários. (CARVALHOSA, 2011, p. 579)

Diante de tal situação não há a permanência, já comentada anteriormente, o que resulta na instabilidade no exercício da administração, ou seja, incapacidade de comando da sociedade.

Nesses casos, para que seja atendido o interesse social da empresa, e não os administradores ficarem mais preocupados em defender-se no comando da companhia faz-se necessário que o próprio estatuto contenha disposições em defesa das posições desses administradores, já que não existe o controle minoritário, e o poder controle é autônomo (CARVALHOSA, 2011 p. 580).

Assim, nas companhias de capital disperso o comando é dos administradores, eleitos através da *proxy machiney*, ou por votos de um grupo minoritário de acionistas que consegue impor-se como maioria simples em determinado momento sobre os demais grupos.

Nos dizeres de Carvalhosa:

Confirmando a modernidade da lei societária de 1976, ali já se previu a existência de companhias com capital disperso e, conseqüentemente, o desaparecimento nelas do controlador e sua substituição no comando delas pelos seus administradores (*incumbente managent*). Para tanto, o § 1º do art. 126 prevê o voto por procuração outorgado a administradores da companhia. E o § 2º estabelece as regras gerais de aplicação da *proxy machinery* a favor dos administradores e também da possibilidade do *proxy contest* pelos acionistas dissidentes. (CARVALHOSA, 2011, p. 564)

A Lei n. 10.303/2001 acrescentou o artigo 116-A que instituiu o dever do acionista controlador da companhia aberta, bem como dos acionistas minoritários que elegem conselheiros com deveres de informar sobre alterações em suas posições acionárias.

Referida Lei consagrou o dever de informar, proporcionando maior transparência ao mercado de capitais.

3.3.4 Governança Corporativa

A Comissão de Valores Mobiliários em sua cartilha de recomendações sobre governança corporativa estabelece:

Governança corporativa é o conjunto de práticas que tem por finalidade otimizar o desempenho de uma companhia ao proteger todas as partes interessadas, tais como investidores, empregados e credores, facilitando o acesso ao capital. A análise das práticas de governança corporativa aplicada ao mercado de capitais envolve, principalmente: transparência, equidade de Tratamento dos acionistas e prestação de contas.

Para os investidores, a análise das práticas de governança auxilia na decisão de investimento, pois a governança determina o nível e as formas de atuação que estes podem ter na companhia, possibilitando-lhes exercer influência no desempenho da mesma. O objetivo é o aumento do valor da companhia, pois boas práticas de governança corporativa repercutem na redução de seu custo de capital, o que aumenta a viabilidade do mercado de capitais como alternativa de capitalização. (COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, 2002).

Segundo WALD (2002, p. 55), a expressão correta é “governo das empresas”, que [...] significa o estabelecimento do Estado de Direito na sociedade anônima, ou seja, refere-se à organização e à dinâmica dos poderes, ao estabelecimento da adequada definição dos órgãos sociais e das respectivas competências, assim como dos direitos e deveres de vários acionistas.

Fundada na governança administrativa apresenta-se a função social da empresa.

A Lei nº 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas), no *caput* do artigo 154, prevê que o administrador “*deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa*”.

No parágrafo 4º, do mesmo artigo, dispõe sobre a possibilidade do conselho de administração ou a diretoria autorizar a prática de atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participe a empresa, tendo em vista suas responsabilidades sociais.

Neste diapasão, Andrade e Rossetti:

[...] há um conjunto bem definido de expressões-chaves, ligadas aos princípios, aos modelos, às práticas, aos mecanismos de regulação e aos propósitos da governança corporativa. Eles estão presentes na maior parte das definições. Os principais são: direitos dos acionistas (*shareholders*), direitos de outras partes interessadas (*stakeholders*), conflitos de agência, sistema de relações, sistema de valores, sistema de governo, estrutura de poder, estrutura de regulação e padrões de comportamento. (ANDRADE e ROSSETTI, 2004, p. 23)

3.3.5 Responsabilidade dos Administradores

Antes de adentrar na proteção coletiva aos investidores, imperioso tecer alguns comentários sobre a responsabilidade dos administradores da sociedade anônima e as possíveis medidas judiciais cabíveis para reparação dos danos.

A Lei das Sociedades Anônimas reporta-se tanto à ação social como à ação individual, que se diferenciam pela titularidade do patrimônio atingido em decorrência da atuação ilícita do administrador.

A responsabilidade civil do administrador pode ocorrer perante a companhia, perante os acionistas e perante terceiros.

O art. 145 da Lei das Sociedades Anônimas que dispõe: “As normas relativas a requisitos, impedimentos, investidura, remuneração, deveres e responsabilidade dos administradores aplicam-se a conselheiros e diretores”.

De tal assertiva entende-se que o conceito de administradores abrange tanto os membros do conselho de administração, quanto os membros da diretoria, dois importantes órgãos sociais ¹⁹.

A Lei das Sociedades Anônimas explicita os deveres impostos aos administradores de companhias, o dever de diligência²⁰, cumprimento das finalidades da companhia²¹, lealdade²² e informar²³.

¹⁹ Cumpre aqui fazer a ressalva de que inobstante o conselho fiscal consistir em um dos órgãos da companhia, a LSA não considerou seus membros como administradores.

²⁰ O dever de diligência está previsto no artigo 153 da LSA: “O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.”

²¹ O Art. 154 da LSA fala da observância da finalidade do cargo ocupado aliada à finalidade do objeto social da empresa. Determina que o administrador deverá exercer as atribuições conferidas por lei e pelos estatutos sociais unicamente para lograr os fins e interesses da companhia, sem deixar de lado as exigências do bem público e da função social da empresa.

²² Os administradores têm o dever de lealdade e boa-fé para a companhia, conforme disposto no artigo 155, *caput* da LSA.

²³ O dever de informar apresenta-se como desdobramento do dever de lealdade. Referido dever encontra-se disposto no artigo 157 da LSA.

Quando os membros, seja do conselho de administração ou da diretoria deixa de observar quaisquer dos deveres acima mencionados, ou outros deveres implicitamente relacionados na Lei das Sociedades Anônimas, deverão responder pela indenização pelos danos que provocarem.

Ainda sobre a responsabilização do administrador o art. 158 da Lei das Sociedades Anônimas determina:

O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:
I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;
II - com violação da lei ou do estatuto.

O caso do inciso I, é claro, não enseja dúvidas e o entendimento da doutrina é de responsabilidade subjetiva do administrador.

Contudo, o inciso II enseja divergências na doutrina. Modesto Carvalhosa, (1983, p. 14-20), entende tratar-se de responsabilidade objetiva, porém, ainda é majoritário o entendimento de que é caso de responsabilidade subjetiva, cumprindo o administrador demandado provas que agiu sem culpa.

Ainda em análise ao artigo 158 da Lei das Sociedades Anônimas, os parágrafos §§ 2º, 3º e 4º, referem-se à solidariedade entre os administrados e conforme se pode observar responderão os administradores em condições de igualdade pelos danos causados à companhia ou a terceiros:

Art. 158. [...]

§ 2º Os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles.

§ 3º Nas companhias abertas, a responsabilidade de que trata o § 2º ficará restrita, ressalvado o disposto no § 4º, aos administradores que, por disposição do estatuto, tenham atribuição específica de dar cumprimento àqueles deveres.

§ 4º O administrador que, tendo conhecimento do não cumprimento desses deveres por seu predecessor, ou pelo administrador competente nos termos do § 3º, deixar de comunicar o fato a assembléia-geral, tornar-se-á por ele solidariamente responsável.

Ressalta-se que, nas companhias abertas, a responsabilidade solidária ficará restrita aos administradores, que por disposição do estatuto, tenham atribuição específica de dar cumprimento aos deveres impostos por lei para o funcionamento regular da companhia. Todavia, tal responsabilidade será estendida

àqueles que tendo o conhecimento do não cumprimento desses deveres por seu predecessor ou pelo administrador competente deixar de comunicar o fato à assembleia geral.

O artigo 159, da Lei das Sociedades Anônimas, preconiza que compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembleia geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio. Nesse caso a ação tem-se ação social *ut universi*.

Segundo Bulgarelli (1996, p.164): “A deliberação caberá à assembleia geral, que poderá ser ordinária ou então extraordinária, desde que prevista na ordem do dia, ou como decorrência direta do assunto nela incluído”.

Em havendo omissão da companhia em tomar tais providências, qualquer acionista poderá promover a ação judicial de responsabilização, agindo em nome da companhia, conforme autorizado pelo § 3º do art. 159 da Lei das Sociedades Anônimas.

Contudo, conforme se observar a própria Lei das Sociedades Anônimas prevê em seu art. 159, § 6º, que “o juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia”.

Ainda, o § 4º do art. 159, da Lei das Sociedades Anônimas, permite aos acionistas, que tenham entendimento em sentido contrário ao da assembleia e que representem ao menos 5% (cinco por cento) do capital social, a tomarem a iniciativa da propositura da citada ação social, visando a reparação dos prejuízos causados à companhia e indiretamente aos seus acionistas.

Prevê também, a Lei das Sociedades Anônimas, ações individuais *ut singuli*, ou seja, o acionista prejudicado diretamente prejudicado por ato do administrador poderá agir em nome próprio contra o acionista administrador para requerer a reparação dos prejuízos causados, desde que provado o dano direto.

Como já mencionado, com metas de revitalização do mercado de capitais, o legislador lançou no art. 117, da Lei das Sociedades Anônimas, as modalidades exemplificativas de atos definidores da conduta abusiva por parte do controlador. É um dispositivo genérico capaz de abraçar vasta gama de condutas ilícitas, cumprindo a doutrina e a jurisprudência o papel relevante na identificação da amplitude da esfera jurídica do ilícito.

3.4 VALORES MOBILIÁRIOS

Não há na legislação brasileira uma definição expressa do que venha a ser valores mobiliários, tendo a Lei nº 6.385/1.976 limitado-se a enumerá-los.

A expressão valores mobiliários tem origem no termo francês *valeurs mobilières*, que significa títulos negociáveis emitidos por pessoas jurídicas e que podem ser transmitidos pela simples tradição ou por registro, conferindo a seus titulares direitos de participação ou remuneração (YAZBEK, 2009. 90 p).

Os valores mobiliários brasileiros têm semelhança com os *securities* do direito norte-americano.

Contudo, a doutrina tem se preocupado com a construção jurídica de um conceito, principalmente pelo fato de que se um determinado título for considerado valor mobiliário, sua emissão e negociação públicas passam a estar sujeitas às normas e fiscalização da CVM.

A dificuldade em conceituar o que são os valores mobiliários decorre de vários fatores, dentre os quais por não possuírem um valor em si, ao mesmo tempo em que não são produzidos ou fabricados, usados ou consumidos, mas emitidos ou ofertados aos investidores, além disso, possuem características dispares entre si pelo fato de atribuírem diferentes direitos aos seus titulares, bem como por serem utilizados em diferentes finalidades (EIRIZIK, 2011, p. 26).

Além das ações, o artigo 2º da Lei 6385/76, enumera outros valores mobiliários. Referido artigo teve sua redação alterada pela Lei 10.303/2001, que foi considerada um marco no mercado de capitais brasileiro e conferiu uma concepção mais abrangente aos valores mobiliários, devendo ser considerados valores mobiliários também aqueles incluídos no contrato de investimento coletivo, mencionado inciso IX do artigo 2º, da Lei 6385/76 (EIRIZIK, 2011, p. 55).

Segundo referido artigo consideram-se valores mobiliários: *debêntures e bônus de subscrição, os cupons, direitos, recibos de subscrição e certificados de desdobramento relativos aos valores mobiliários referidos no inciso II, certificados de depósito de valores mobiliários, as cédulas de debêntures; as cotas de fundos de investimento em valores mobiliários ou de clubes de investimento em quaisquer ativos, as notas comerciais, os contratos futuros, de opções e outros derivativos, cujos ativos subjacentes sejam valores mobiliários, outros contratos*

derivativos, independentemente dos ativos subjacentes, quaisquer outros títulos ou contratos de investimento coletivo, que gerem direito de participação, de parceria ou de remuneração, inclusive resultante de prestação de serviços, cujos rendimentos advêm do esforço do empreendedor ou de terceiros, desde quando ofertados publicamente, partes beneficiárias, debêntures, bônus de subscrição e notas promissórias.

A Lei 10.303/2001 excluiu do rol dos valores mobiliários os títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal os títulos cambiais de responsabilidade de instituição financeira, exceto as debêntures.

A seguir passar-se-á à análise de alguns dos principais valores mobiliários previstos no artigo 2º da Lei 6385/76, com destaque para as ações:

- Partes beneficiárias são títulos negociáveis, temporários, que não apresentam valor nominal e são estranhos ao capital social da empresa. Contudo, conferem ao seu titular o direito de participar na distribuição dos lucros, apenas das sociedades de capital fechado.

As partes beneficiárias não conferem direitos exclusivos de acionistas, a não ser a fiscalização dos administradores.

São conhecidos, também, como partes do fundador. Podem circular como valores mobiliários, tendo cotação em bolsa.

Devido ao fato de não possuírem valor nominal, sua cotação variará de acordo com o desempenho da empresa. Sua emissão é vedada pelas companhias abertas.

Poderão ser convertidas em ações. São representadas por títulos ou certificados, com a observância dos requisitos legais, tais como: a designação 'parte beneficiária', a denominação da sociedade, o número de partes beneficiárias criadas e seu número de ordem etc. Sua inscrição deve ser feita em livros especiais destinados à inscrição dos nomes dos beneficiários e termos de transferências.

- As debêntures apresentam-se como títulos representativos de mútuo que a companhia contrai com investidores, contêm uma promessa de pagamento de quantia determinada e permitem a seus titulares direito de crédito contra a companhia.

Através da emissão de debêntures as empresas obtêm recursos de longo prazo, destinados em sua maioria ao financiamento de seus investimentos

fixos, atendendo, também, por vezes, as necessidades de capital de giro da empresa.

As debêntures podem ser com garantia real, com garantia flutuante, as quirografárias e as subordinadas ou subquirografárias. Distinguem-se das ações, porém, conversíveis em ações permitindo a seus titulares fiscalizar a atuação dos administradores.

São uma alternativa para o aumento de capital, sendo indicadas nos casos em que o mercado não se encontra predisposto à absorção de ações ou, ainda, quando aos antigos acionistas não convenha aumentar o capital próprio - com isso reduzindo o lucro por ação - bem como nas hipóteses em que um lançamento vultoso de ações (excesso de oferta) seja julgado inconveniente, dados os reflexos negativos que poderia operar sobre sua cotação em bolsa de valores (BORBA, 1999, p. 265).

Segundo a lei, seu vencimento deve ser por prazo determinado, também, pode se dar em caso de inadimplemento no pagamento dos juros, na dissolução da sociedade, ou outras condições previstas no título.

As debêntures são representadas por certificados emitidos pela empresa, assinados por um diretor, e possuidoras de alguns requisitos essenciais como denominação, prazo de duração, indicação da espécie, condições de conversibilidade em ações, número de ordem, nome do debenturista.

Não há debêntures endossáveis e debêntures ao portador, são nominativas, divididas em escriturais e registradas.

As debêntures escriturais não possuem existência física, são mantidas em instituição financeira administradora, em conta de depósito, em nome do titular. As escriturais na prática não existem em virtude dos sistemas de informática e dos meios eletrônicos que tornam ultrapassadas as técnicas de efetivar inscrição em Livros de Debêntures e respectivos registros.

As debêntures podem ser conversíveis em ações (art. 57 da Lei das Sociedades Anônimas), facultado aos seus titulares tal opção. Podem ser dadas em garantia, uma vez que são títulos representativos de uma parcela de empréstimo contraído pelas sociedades anônimas. A Lei 6.404/76 estipula que as instituições financeiras autorizadas pelo Banco Central poderão emitir cédulas de debêntures, que são cédulas lastreadas em debêntures.

- Por bônus de subscrição entende-se o título que confere a seus titulares o direito de subscrever ações quando há aumento no capital, mediante pagamento do preço de emissão das ações e apresentação do título à companhia.

A Lei 6.385/76 e a Resolução da Comissão de Valores Mobiliários 1.723/1990 preveem ainda outros títulos que poderão ser emitidos, um deles é a nota promissória, também denominada de *commercial paper*. Referidos títulos são emitidos por empresas e sociedades anônimas para captar recursos no mercado de capital, restituindo os investidores em curto prazo.

Além desse, há os certificados de depósito de valores, também denominado de BDR (Brazilian Depositary Receipts), previstos nas Instruções Normativas da Comissão de Valores Mobiliários.

As notas comerciais foram criadas pela Resolução 1.723/90 do Conselho Monetário Nacional. Também, conhecidas como notas promissórias emitidas por sociedades anônimas para fins de financiamento. Semelhantes ao *commercial papers*²⁴ é um tipo de instrumento de dívida utilizado no Brasil.

Distinguem-se das debêntures porque apresentam maiores valores de face, geralmente atendem necessidades de capital de curto prazo e possuem destinatários específicos. Não possuem garantias, são emitidas com altos valores, o que viabiliza os custos de seu lançamento.

Os ADR (*American Depositary Receipt*) são papéis emitidos e negociados nos Estados Unidos, ou seja, um recibo representativo de uma ação de empresa estrangeira, depositado no banco do país de origem e negociado nos Estados Unidos. Sua cotação é feita em dólares e são livremente negociados nas Bolsas e Mercado de Balcão dos Estados Unidos.

O programa de lançamento de ADR deve ser examinado e aprovado pela Comissão de Valores Mobiliários no Brasil, dependendo do nível da emissão, pela SEC nos Estados Unidos.

Já os BDR, *Brazilian Depositary Receipts*, tratam-se de um valor mobiliário que se utiliza do mesmo mecanismo dos ADR, só que ocorre o investimento de capital brasileiro em empresas sediadas no exterior.

²⁴ Os *commercial papers* são notas promissórias com certas particularidades, justificáveis em função de sua negociabilidade em mercados de capitais. Assim, embora revestida das principais características de documento cambiário, a nota promissória emitida pela sociedade anônima, como instrumento de securitização, sujeita-se a determinadas condições específicas (COELHO, p. 153).

A empresa contratará um Banco em seu país que custodiará suas ações e um Banco no Brasil que emitirá as BDR. O investidor brasileiro, ao adquirir as BDR estará adquirindo direitos sobre as ações emitidas no país de origem.

3.4.1 Ações

As ações são os principais títulos mobiliários das sociedades anônimas, são pequenas partes do capital da sociedade, ou seja, correspondem às unidades em que se fraciona o capital social da sociedade por ações.

Conferem à pessoa por ela legitimada a qualidade de acionista, bem como direito e obrigações determinados por lei e pelo estatuto social. É um bem imaterial, para existir não depende necessariamente do certificado de ação.

Bulgarelli ensina que:

Não se trata, como se vê, de um título exatamente igual ao modelo de letra de câmbio ou da letra promissória que serviram de base para a construção da teoria geral dos títulos de crédito e do direito cambiário, mas de um título característico ligado às próprias características da sociedade anônima. (BULGARELLI, 1996, p. 112)

Sua classificação dá-se de diversas maneiras, quanto à natureza dos direitos, ou vantagens que conferem aos seus acionistas, podem ser classificadas em ordinárias, aquelas que conferem aos seus titulares os direitos que a lei reserva ao acionista comum; e preferenciais que são aquelas que conferem aos seus titulares um ou mais privilégios daqueles estabelecidos no artigo 17 da Lei das Sociedades Anônimas.

Coelho define as ações ordinárias da seguinte forma:

A ação *ordinária* é a que confere ao acionista os direitos de um sócio comum, ou seja, os direitos ordinários de sócio. O titular de uma ação dessa espécie (conhecido, entre os advogados da área, como *ordinaralista*) não possui nenhuma vantagem, nem se sujeita a qualquer tipo de restrição, relativamente aos direitos que normalmente são atribuídos aos sócios da sociedade anônima. (COELHO, 2006, p. 98)

As ações ordinárias são de emissão obrigatória para caracterização da sociedade anônima conferem aos seus possuidores os direitos regularmente conferidos aos sócios da sociedade, como o direito de voto na Assembleia de Acionistas, equivalente ao número de ações que ele possui.

No que tange ao direito de reembolso classificam-se em ações comuns e de fruição, estas são atribuídas aos acionistas cujas ações foram totalmente amortizadas. O titular desta espécie de ação estará sujeito às mesmas restrições ou gozará das mesmas vantagens da ação ordinária ou preferencial amortizada²⁷ (COELHO, 2006, p. 194).

Outra classificação leva em consideração a classe, segundo o complexo de direito ou restrições conferidos aos seus detentores. Ainda, as ações podem ser classificadas segundo sua forma: as ações nominativas que circulam mediante registro no livro próprio da sociedade emissora; as ações escriturais que são mantidas, em contas de depósito, em nome de seu titular, na instituição custodiante.

Imperioso observar ainda, os valores da ação e os fundamentos ligados ao seu objetivo (COELHO, 2006, p. 183). O preço de emissão: serve para mensurar a contribuição do acionista ao capital social, ou seja, é aquele valor pago por quem subscreve a ação; valor nominal representa a divisão do valor do capital social pelo número de ações; valor patrimonial, aquele que será devido ao acionista no caso de amortização da ação ou mesmo da liquidação da sociedade; valor de negociação: valor obtido pelo titular ao alienar a ação; valor econômico: calculado por avaliadores de ativos com base em suas especificidades.

3.5 O MERCADO DE CAPITAIS

Nas últimas décadas, com a diminuição de investimento e subsídios governamentais para financiar suas atividades, as empresas, principalmente a sociedade anônima de capital aberto, foi estimulada a captar recursos junto ao público. Nesse contexto, o mercado de capitais ganhou acentuada importância no cenário econômico.

Como mercado entende-se o, local onde agentes econômicos se encontram para efetuar trocas, ou mesmo onde um conjunto de pessoas reúne-se para comprar e vender.

Sztajn & Mello Franco apresentam como noção de Mercado:

Ficamos com a noção de mercado como centro da oferta e da demanda de mercadorias, participação acionária ou de moedas, ou quando muito, sob um aspecto institucional, como conjunto de organismos, instrumentos e técnicas que favorecem a transferência de meios financeiros dos agentes (ou setores), que apresentam um saldo positivo financeiro. (SZTAJN & MELLO FRANCO, 2009, p. 39)

Desta feita, ter-se-ia como mercado financeiro aquele cuja função é facilitar o recolhimento de recursos excedentes de agentes ou setores para redistribuição entre os agentes deficitários. A expressão mercado financeiro seria usada como termo genérico (SZTAJN & FRANCO, 2009, p. 40).

Tomando por base as operações desenvolvidas e os prazos, apresenta-se uma subdivisão do mercado de dinheiro em: crédito, monetário, e de capitais.

Mercado de crédito: onde são realizadas operações de financiamento de curto e médio prazo do capital de giro, do consumo corrente e dos bens duráveis das empresas, com a intermediação das instituições financeiras.

Mercado monetário, onde as operações se realizam a curto e curtíssimo prazo mais especificamente para financiamentos, no qual instrumentos financeiros são títulos de emissão do tesouro do governo federal. O mercado monetário consiste essencialmente em instituições financeira.

No mercado monetário encontram-se as operações de baixíssimos prazos com títulos públicos²⁵ e privados²⁶ cuja principal finalidade é o controle da liquidez monetária da economia.

Cumprе mencionar que a doutrina tradicional tem relacionado quatro tipos de mercados nos quais a atividade econômica se desenvolve, além dos dois já mencionados e do mercado de capitais que será melhor abordado, fala-se no mercado cambial, onde são realizadas operações de curto prazo que envolve a troca de moedas estrangeiras e nacionais. As instituições que nela atuam são bancos com intermediação de corretoras.

No que tange ao mercado de capitais ou mercado de valores mobiliários, caracteriza-se pela necessidade de financiamento de prazo longo ou até mesmo indefinido por meio do apelo à poupança popular. Através dele é possível a captação de recursos destinados ao financiamento de projetos, expansão, mudança

²⁵ Exemplo: os emitidos pelo Tesouro Nacional, por Estados e Municípios.

²⁶ Como o Certificado de Depósito Bancário.

de escala ou diversificação de negócios das empresas ou mesmo à reestruturação de passivos financeiros.

Os termos “mercado de capitais” e “mercado de valores de mobiliários” são por vezes, empregados de forma distinta. Igualmente, são utilizadas como sinônimos. Para os fins deste trabalho os termos serão utilizados como sinônimos.

Acerca das definições do mercado de valores mobiliários Eizirik discorre:

Há definições amplas e estreitas do que seja o mercado de capitais: no primeiro caso, ele é identificado com o mercado financeiro; e, no segundo, é visto como um subsistema do mercado financeiro, referindo-se àquilo que, no Brasil, vem sendo chamado, em termos legais, de mercado de valores mobiliários, compreendendo as transações com ações e debêntures. (EIZIRIK, 2011, p. 27-28)

No mercado de capitais fala-se na “desintermediação financeira”, os poupadores convergem seus recursos diretamente ao beneficiário. A presença de terceiros, também os conhecidos “intermediários” neste mercado, tem por escopo a aproximação entre investidores e captadores dos recursos, a realização destas operações, bem como sua liquidação.

Sua característica básica dá-se pelo fato do tomador final serem as sociedades anônimas e os ativos financeiros, objeto de negociação emitido por essas sociedades (SZTAJN & FRANCO, 2009, p. 41).

3.5.1 Mercado Primário e Mercado Secundário

Dois seguimentos distinguem-se no mercado de capitais: mercado primário e o mercado secundário.

Em síntese, no mercado primário a empresa lança suas ações no mercado e recebe os recursos em seu caixa. Assim, de um lado temos as companhias emissoras de valores mobiliários e de outro os subscritores que para capitalização da empresa disponibilizarão seus recursos.

Ocorrerá subscrição particular caso os antigos acionistas da empresa adquiram estas ações.

O que confere caráter público ao lançamento de ações é a busca de novos acionistas e o esforço de venda. Tais lançamentos públicos são chamados de operação de *underwriting*.

Um intermediário financeiro é encarregado, pela empresa, de colocação dos títulos no mercado. O *underwriting* pode ser executado por um único intermediário financeiro ou por um consórcio de instituições financeiras.

Somente as empresas de capital aberto podem fazer emissões públicas de ações. Para que ocorra tal abertura a empresa precisa estar ajustada às regras e exigências do mercado, entre elas a reorganização da estrutura societária, adaptação dos estatutos sociais, contratação de auditoria independente.

Todo o processo de abertura de capital precisa da aprovação e do registro na Comissão de Valores Mobiliários.

Por sua vez, no mercado secundário, ocorre a negociação dos títulos no mercado, sem atingir diretamente a situação financeira da empresa, há a negociação de títulos e a criação de liquidez. As operações do mercado secundário ocorrem com a transferência de títulos e valores mobiliários entre os diversos investidores ou instituições financeiras, como aquele que desenvolve em torno da bolsa de valores.

As opções de compra e venda são intermediadas pelas corretoras. Portanto, a função primordial do mercado secundário é dar liquidez às ações das empresas que captaram recursos através do mercado primário.

3.6 SISTEMA FINANCEIRO BRASILEIRO

A estrutura institucional do sistema financeiro brasileiro teve origem com as Leis nº 4.595/65 e 4.728/65. Até então, o mercado financeiro no Brasil existia tão somente em função dos bancos comerciais, sendo que a partir daí, ocorreu a regularização do mercado paralelo de crédito e cresceu a especialização das instituições que fazem a intermediação dos negócios financeiros (LAMEIRA, 2003, p. 13). Tempos depois, foi complementado pela Lei 6.385/1975 de 7 de dezembro de 1.976, que dispôs sobre o mercado de valores mobiliários e criou a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, como sendo uma entidade autárquica em regime especial, vinculada ao Ministério da Fazenda, responsável pela regulação do mercado de capitais.

A Lei nº 6.404 de 15 de dezembro de 1976 regulou as sociedades anônimas no Brasil, com sua promulgação houve a ordenação sistemática das companhias, promovendo ainda a institucionalização do sistema de *disclosure*.

Pertinente transcrever a seguinte definição, delineada por Yazbek:

[...] mercado financeiro e de capitais é aquele em que são negociados instrumentos financeiros ou em que se estabelecem relações de conteúdo financeiro visando, fundamental, mas não exclusivamente, dois fins nem sempre concomitantes: a repartição de riscos e o financiamento das atividades econômicas. (YAZBEK, 2009, p. 131)

No mercado financeiro propriamente dito, e não no mercado financeiro considerado gênero, do qual o primeiro e o mercado de capitais seriam espécies, as instituições financeiras, atuam entre os investidores e os beneficiários, geralmente são os bancos que captam os recursos dos poupadores e emprestam estes recursos aos tomadores, realizando uma intermediação financeira, o que não ocorre no mercado de capitais conforme mencionado no tópico anterior.

A disciplina jurídica do mercado financeiro preocupou-se com a higidez das referidas instituições financeiras, ao estabelecer, por exemplo, critérios para controle da liquidez dos ativos das instituições financeiras.

3.7 A COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

A CVM, Comissão de Valores Mobiliários é uma autarquia federal em regime especial, vinculada ao Ministério da Fazenda, que tem por incumbência disciplinar e fiscalizar o mercado de valores mobiliários conforme disciplina a Lei 6.385/76²⁷.

No desempenho de seu papel, a Comissão de Valores Mobiliários – CVM editou diversos atos, dentre deliberações, instruções e atos baseados em uma política de regulação própria²⁸.

Foi com o projeto a Lei Kandir que teve início a modificação da legislação do mercado de capitais buscando conferir maior autonomia à Comissão de Valores Mobiliários – CVM, porém, apenas com a alteração da Lei 10.303 de

²⁷ As companhias abertas, isto é, as sociedades com valores mobiliários admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários, estão sujeitas à atuação da CVM.

²⁸ As autarquias especiais possuem representação jurídica e orçamentária própria e possuem um grau mais intenso de autonomia gerencial, conferido pelas leis que as criaram, mantendo-se a independência dos dirigentes, condição de se auto-administrar.

2001, a CVM recebeu objetivos e atuações específicas que buscavam o desenvolvimento do mercado de capitais.

Houve uma expansão da competência da Comissão de Valores Mobiliários que passou a não apenas se responsabilizar e estimular as aplicações permanentes em ações do capital social de companhias abertas sob controle de capitais privados nacionais, bem como assegurar o funcionamento eficiente e regular dos mercados da bolsa e de balcão. Além de proteger os titulares de valores mobiliários e os investidores do mercado e assegurando o acesso do público a informações.

Também, é de sua atribuição a expedição de pareceres, através dos quais orienta os agentes de mercado e os investidores, além de servir para veicular suas posições e interpretações sobre as leis do mercado²⁹.

Quanto a sua finalidade normativa da Comissão de Valores Mobiliários- CVM é realizada por meio da publicação de instruções para consubstanciar a regulamentação de matérias, deliberações para consubstanciar os atos do colegiado, notas explicativas, portarias e atos declaratórios para fazer declarar a existência de direito.

Ressalta-se a Instrução 461 da Comissão de Valores Mobiliários que em seu artigo 9º, instituiu mecanismos flexibilizadores da regulação de mercado capazes de justificar o poder regulatório da Bolsa.

Ademais, a Comissão de Valores Mobiliários- CVM admitiu a possibilidade de criação de entidades subsidiárias voltadas para a administração da bolsa, e ainda dispensou alguns dos requisitos exigíveis para estrutura e organização das bolsas³⁰.

Dentre as principais atribuições da Comissão de Valores Mobiliários estão disciplinadas no Art. 4º da Lei 6.385/76, a seguir transcrito:

²⁹ Analisando o tema sob a ótica processual, o descumprimento de atos aconselhados em pareceres gerais não implicaria na vinculação à interpretação nele expressa pelos participantes do mercado, porém, este não é o entendimento que prevalece perante a Comissão de Valores Mobiliários - CVM que entende deter dentre suas atribuições o poder de punir não a violação de pareceres, mas sim pela violação do dispositivo legal interpretado.

³⁰ CVM. Processo n. 3792/2002 in: <<http://www.cavm.gov.br>> Acesso em 15/03/2012>. Acesso em abr. de 2012

Art. 4º – O Conselho Monetário Nacional e a Comissão de Valores Mobiliários exercerão as atribuições previstas na lei para o fim de:

I- estimular a formação de poupança e a sua aplicação em valores mobiliários;

II- promover a expansão e o funcionamento eficiente e regular do mercado de ações, e estimular as aplicações permanentes em ações do capital social de companhias abertas sob controle de capitais privados nacionais;

III- assegurar o funcionamento eficiente e regular dos mercados da bolsa e de balcão;

IV- proteger os titulares de valores mobiliários e os investidores do mercado contra:

a) emissões irregulares de valores mobiliários;

b) atos ilegais de administradores e acionistas controladores das companhias abertas, ou de administradores de carteira de valores mobiliários;

c) o uso de informação relevante não divulgada no mercado de valores mobiliários;

V- evitar ou coibir modalidades de fraude ou manipulação destinada a criar condições artificiais de demanda, oferta ou preço dos valores mobiliários negociados no mercado;

VI- assegurar o acesso do público a informações sobre os valores mobiliários negociados e as companhias que os tenham emitido [...].

Pela simples leitura de tal prescrição normativa, verifica-se nitidamente a preocupação com a transparência do mercado, cabendo ao Conselho Monetário Nacional e Comissão de Valores Mobiliários a garantia aos investidores de acesso às informações necessárias.

Ao longo dos anos, em decorrência das inúmeras reformas que a regulamenta, a competência da Comissão de Valores Mobiliários foi ampliada, principalmente no que diz respeito ao seu poder normativo.

Dentre as atribuições da Comissão de Valores Mobiliários compreende-se também, distribuição pública de valores mobiliários, fiscalizar as companhias que estão juridicamente aptas a negociar seus valores mobiliários no mercado, isto é, as companhias abertas.

Quanto à competência da CVM em relação às sociedades anônimas fechadas, o Parecer CVM/SJU nº 42 de 22.05.84 faz uma interessante distinção entre jurisdição e competência da CVM: *“de fato, companhias fechadas não fazem parte de sua jurisdição regular e normal, mas a partir do momento em que estas companhias ‘invadem’ o campo de ação dos jurisdicionados da CVM, esta passa a ter competência para inquiri-los, julgar e punir”*.

Dentre as atribuições essenciais deste órgão regulador destacam-se o desenvolvimento e garantia de eficiência e funcionamento do mercado, proteção dos investidores, acesso às informações adequadas, além da fiscalização e punição daqueles que transgridem as regras do sistema.

Ademais, a Comissão de Valores Mobiliários apresenta algumas funções que lhes são peculiares, funções de normalizar, fiscalizar, fomentar, orientar, aplicar sanções, além, das funções registraria e julgadora.

Através do poder normativo regula a atuação dos diversos agentes do mercado. Os atos decorrentes de sua atribuição normativa são: instruções, deliberações, pareceres, orientações, notas explicativas, portarias e atos declaratórios.

Pelo exercício do poder punitivo é que a Comissão de Valores Mobiliários assegura, mediante observância do direito de ampla defesa, a penalização de quem descumpra as normas baixadas pela entidade ou de quem pratica atos fraudulentos no mercado e que será objeto de estudo em capítulo próprio.

Analisadas estas questões prévias, tem-se uma noção básica sobre o funcionamento da estrutura do Mercado de Capitais e, passa-se, no tópico seguinte, a cuidar do processo administrativo sancionador.

3.8 O PROCESSO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

O processo administrativo é instaurado para apurar a responsabilidade pelo dano causado não apenas ao investidor específico, mas ao mercado imobiliário como um todo.

Observou-se que cumpre às entidades reguladoras fiscalizarem os agentes econômicos, dentre os quais se ressalta o controlador³¹ da sociedade anônima, e em decorrência desse poder fiscalizatório aplicar sanções pelo descumprimento do mercado regulado.

3.8.1 Responsabilidade Administrativa Perante a Comissão de Valores Mobiliários

Segundo Eizirik (2011, p. 114) em alguns inquéritos administrativos, a caracterização da responsabilidade prescinde da verificação dos prejuízos, firmando-se o entendimento de que não é necessário demonstrar a ocorrência de

³¹ As infrações administrativas previstas na Lei nº 9.613/1998, quando perpetradas no âmbito de exercício de poder de polícia da CVM, também são apuradas pela referida autarquia mediante processo administrativo sancionador, conforme disposto no art. 14 do Anexo do Decreto nº 2.799/1998.

danos reais como pressuposto para a aplicação das penalidades, bastando a caracterização do ato ilícito.

Da mesma forma como ocorre na esfera civil, aplicar-se-á as regras da responsabilidade subjetiva com presunção de culpa do administrador, incumbindo ao administrador de fazer prova de que o resultado danoso não foi por ele provocado, ou que não exerceu nenhuma influência para a ocorrência (EIZIRIK, 2011, p. 112).

3.8.2 O Devido Processo Legal Administrativo

O processo administrativo sancionador, apresenta caráter retributivo contra os infratores e suscita efeito educativo em relação aos demais agentes do mercado na tentativa de evitar demandas judiciais.

Segundo Eizirik:

O processo administrativo sancionador não é discricionário, mas vinculado ao devido processo legal; em consequência, a decisão administrativa deve ser sempre motivada, com base na acusação, na defesa e nas provas, sob pena de nulidade. (EIZIRIK, 2011, p.192)

O processo administrativo sancionador encontra-se previsto no art. 9º, inciso V, da Lei nº 6.385/1976, é atribuído à Comissão de Valores Mobiliários e deverá obedecer ao artigo 5 da Constituição Brasileira, submetendo-se aos mesmos princípios aplicáveis ao direito processual, especialmente atender aos princípios da ampla defesa e do contraditório, e aos princípios legais relacionados no art. 2º da Lei nº 9.784/1999. (princípio da reserva da legalidade)

Através do art. 8º, inciso I, e do art. 9º, §2º, a Comissão de Valores Mobiliários regulamentou seu procedimento, bem como a chamada etapa investigativa prévia. Foi por meio da Deliberação nº 538/2008, que foram promovidas profundas alterações na disciplina anterior, fundada na Deliberação nº 457/02.

O termo de compromisso, incorporado à Lei 6.385/76 pela Lei 9.457/97, tem grande importância para o processo sancionador, uma vez que permite sua suspensão mediante celebração de acordo entre a Comissão de Valores Mobiliários e o particular objeto da acusação formulada, ou que ainda se encontra sob investigação.

Cumpra ressaltar que o processo administrativo sancionador deverá observar as linhas gerais da Lei do Processo Administrativo – Lei 9.784/1999.

Antes de adentrar ao procedimento é imperioso destacar que para a constituição do devido processo legal administrativo, no âmbito da Comissão de Valores Mobiliários, são requisitos fundamentais a autoria e a materialidade de fato considerado irregular (CARVALHOSA, 2011, p. 636).

Ressalta CARVALHOSA (2011, p. 637) que: *é fundamental reiterar o caráter jurisdicional do processo administrativo sancionador que é garantia fundamental dos direitos subjetivos do administrador e da segurança jurídica própria do Estado Democrático de Direito.*

Assim, fundamental é a etapa investigativa prévia, denominada “inquérito” nos atos normativos da Comissão de Valores Mobiliários, afeta a fiscalização ordinária dos fatos, para possuir elementos suficientes acerca da materialidade e da autoria de infração. Contudo, não há obrigatoriedade no inquérito se tais requisitos mostrarem-se suficientes para Superintendência oferecer o termo de acusação, dando início ao processo administrativo sancionador propriamente dito, do qual deverá o acusado ser intimado para apresentar defesa ou proposta de acordo, conforme preconizam os §§5º a 9º do art. 11 da Lei nº 6.385/76.

Todavia, uma vez instaurado o inquérito, passa a ser conduzido pelos Inspectores integrantes da Superintendência de Processos Sancionadores, segundo a Deliberação CVM nº 538/2008³².

Através do Decreto nº 6.382, de 27 de fevereiro de 2008, foram introduzidas alterações na estrutura regimental da Comissão de Valores Mobiliários. Criou-se a Superintendência de Processos Sancionadores com competência para conduzir os referidos processos administrativos sancionadores, e a Subprocuradoria Jurídica da Procuradoria Federal Especializada junto à Comissão de Valores Mobiliários para atuar especificamente junto à Superintendência de Processos Sancionadores.

Do que restar apurado no inquérito, poderá resultar proposta de arquivamento dirigida ao Superintendente Geral, ou apresentação de relatório de acusação ao Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários, dando início ao

³² Na vigência da Deliberação CVM nº 457/2002, a condução do inquérito era feita por comissão especificamente designada para tanto, composta pelo titular da Superintendência de Fiscalização Externa, por um Gerente da referida superintendência, por um ou mais Inspectores da CVM, bem como por um Procurador Federal.

processo administrativo sancionador propriamente dito intimar-se-á o acusado para apresentação de defesa ou de proposta de celebração de compromisso, previsto nos §§5º a 9º do art. 11 da Lei nº 6.385/1976.

No colegiado o processo será distribuído a um relator que conduzirá o processo até sessão de julgamento. Cumpre ao relator deferir ou indeferir a produção de provas.

Uma vez instruído, o Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários julgará o processo em sessão pública. Na ocasião, poderá acusado ou seu representante legal apresentarem defesa oral.

Quanto as penas administrativas aplicadas pela Comissão de Valores Mobiliários, foram expressamente previstas pela Lei 6.385, em seu artigo 11³³.

³³ Art . 11. A Comissão de Valores Mobiliários poderá impor aos infratores das normas desta Lei, da lei de sociedades por ações, das suas resoluções, bem como de outras normas legais cujo cumprimento lhe incumba fiscalizar, as seguintes penalidades:

I - advertência;

II - multa;

III - suspensão do exercício do cargo de administrador ou de conselheiro fiscal de companhia aberta, de entidade do sistema de distribuição ou de outras entidades que dependam de autorização ou registro na Comissão de Valores Mobiliários; (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 5.5.1997)

IV - inabilitação temporária, até o máximo de vinte anos, para o exercício dos cargos referidos no inciso anterior; (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 5.5.1997)

V - suspensão da autorização ou registro para o exercício das atividades de que trata esta Lei;

VI - cassação de autorização ou registro, para o exercício das atividades de que trata esta Lei; (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 5.5.1997)

VII - proibição temporária, até o máximo de vinte anos, de praticar determinadas atividades ou operações, para os integrantes do sistema de distribuição ou de outras entidades que dependam de autorização ou registro na Comissão de Valores Mobiliários; (Incluído pela Lei nº 9.457, de 5.5.1997)

VIII - proibição temporária, até o máximo de dez anos, de atuar, direta ou indiretamente, em uma ou mais modalidades de operação no mercado de valores mobiliários. (Incluído pela Lei nº 9.457, de 5.5.1997)

§ 1º - A multa não excederá o maior destes valores:

I - R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais); (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 5.5.1997)

II - cinquenta por cento do valor da emissão ou operação irregular; ou (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 5.5.1997)

III - três vezes o montante da vantagem econômica obtida ou da perda evitada em decorrência do ilícito. (Incluído pela Lei nº 9.457, de 5.5.1997)

§ 2º Nos casos de reincidência serão aplicadas, alternativamente, multa nos termos do parágrafo anterior, até o triplo dos valores fixados, ou penalidade prevista nos incisos III a VIII do *caput* deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 5.5.1997)

§ 3º Ressalvado o disposto no parágrafo anterior, as penalidades previstas nos incisos III a VIII do *caput* deste artigo somente serão aplicadas nos casos de infração grave, assim definidas em normas da Comissão de Valores Mobiliários. (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 5.5.1997)

§ 4º As penalidades somente serão impostas com observância do procedimento previsto no § 2º do art. 9º desta Lei, cabendo recurso para o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.457, de 5.5.1997)

§ 5º A Comissão de Valores Mobiliários poderá, a seu exclusivo critério, se o interesse público permitir, suspender, em qualquer fase, o procedimento administrativo instaurado para a apuração

Diferente do que se observa no direito penal, onde cada infração possui uma previsão de sanção, no processo administrativo há discricionariedade na fixação da penalidade aplicada pelo Colegiado.

Poderá ser cumulada mais de uma penalidade em face da verificação de apenas uma infração administrativa.

Além dos procedimentos ordinários, previstos na Deliberação CVM nº 538/2008, a Comissão de Valores Mobiliários poderá adotar o procedimento denominado “rito sumário”, disciplinado nos termos da Resolução CMN nº 1.657, de 26 de outubro de 1989, para apuração das “infrações de natureza objetiva”, cujo rol encontra-se na Instrução CVM nº 251, de 14 de junho de 1996, com as alterações promovidas pela Instrução CVM nº 335, de 04 de maio de 2000.

Restrição à adoção do rito sumário no caso de reincidência específica e de concurso entre “infração de natureza objetiva” e infração grave.

A apuração de infrações na forma deste procedimento prescinde da etapa de investigação prévia. A Superintendência, a que esteja afeta a supervisão e a fiscalização ordinária dos fatos, deve intimar os acusados, por escrito, para a apresentação de defesa escrita e requerimento de provas em 10 (dez) dias.

Concluída a instrução do feito, o Superintendente deve julgar o caso em 30 (trinta) dias. Desta decisão, cabe recurso ao Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários em 10 (dez) dias, com efeito suspensivo.

de infrações da legislação do mercado de valores mobiliários, se o investigado ou acusado assinar termo de compromisso, obrigando-se a: (Redação pelo Decreto nº 3.995, de 31.10.2001) (vide Art. 3º da Lei nº 9.873, de 23.11.1999)

I - cessar a prática de atividades ou atos considerados ilícitos pela Comissão de Valores Mobiliários; e

II - corrigir as irregularidades apontadas, inclusive indenizando os prejuízos.

§ 6º O compromisso a que se refere o parágrafo anterior não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada. (Incluído pela Lei nº 9.457, de 5.5.1997)

§ 7º O termo de compromisso deverá ser publicado no Diário Oficial da União, discriminando o prazo para cumprimento das obrigações eventualmente assumidas, e constituirá título executivo extrajudicial. (Redação dada pela Lei nº 10.303, de 31.10.2001)

§ 8º Não cumpridas as obrigações no prazo, a Comissão de Valores Mobiliários dará continuidade ao procedimento administrativo anteriormente suspenso, para a aplicação das penalidades cabíveis. (Incluído pela Lei nº 9.457, de 5.5.1997)

§ 9º Serão considerados, na aplicação de penalidades previstas na lei, o arrependimento eficaz e o arrependimento posterior ou a circunstância de qualquer pessoa, espontaneamente, confessar ilícito ou prestar informações relativas à sua materialidade. (Incluído pela Lei nº 9.457, de 5.5.1997)

§ 10. A Comissão de Valores Mobiliários regulamentará a aplicação do disposto nos §§ 5º a 9º deste artigo aos procedimentos conduzidos pelas Bolsas de Valores, Bolsas de Mercadorias e Futuros, entidades do mercado de balcão organizado e entidades de compensação e liquidação de operações com valores mobiliários. (Redação pelo Decreto nº 3.995, de 31.10.2001) [...]

Regra geral, das decisões do Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários cabe recurso e reexame necessário ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN). Nos casos de processos administrativos para apuração de infrações administrativas previstas na Lei nº 9.613/1998, que forem conduzidos pela Comissão de Valores Mobiliários, o recurso contra decisão proferida pelo Colegiado da CVM deverá ser endereçado ao Ministro de Estado da Fazenda, nos termos do art. 23, do Anexo do Decreto nº 2.799/1998.

3.8.2.1 Princípio do Cabimento de Recursos na Esfera Administrativa

Das decisões proferidas pela Comissão de Valores Mobiliários, no julgamento de processos administrativos sancionadores, cabe recurso ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN), todavia, pode o acusado, previamente à interposição de recurso ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN), requerer ao Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários que reconsidere a decisão punitiva.

É princípio geral do direito que toda decisão possa ser revista, dentro da esfera em que foi proferida. No caso a Administração Pública pode sempre rever seus próprios atos de natureza punitiva.

3.8.2.2 Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional

O Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, também conhecido como “Conselhinho”, foi criado mediante o Decreto nº. 91.152, de 15 de março de 1985, como órgão de deliberação coletiva, com a finalidade de julgar, em segunda e última instância, na esfera administrativa, os recursos interpostos das decisões relativas à aplicação de penalidades pelo Banco Central e pela Comissão de Valores Mobiliários-CVM.

Trata-se de um órgão administrativo de segunda instância ao qual compete solucionar determinados conflitos do mercado financeiro e do de capitais, em consonância com a legislação em vigor, e cuja sede situa-se nas dependências do Banco Central, em Brasília.

Ressalta-se que o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN) tem competência exclusivamente recursal, e da decisão proferida por ele não cabe novo recurso.

Desta forma, dispõe o artigo 36 do Regimento Interno do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN) (aprovado pelo Decreto n.º 1.935, de 20 de junho de 1996) que “*a decisão prolatada pelo Conselho é dada em última instância*”, configura a chamada “coisa julgada administrativa”, o que não afasta a possibilidade de reapreciação judicial prevista no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

Não obstante, a competência do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN) para julgar os recursos voluntários contra as decisões acima mencionadas, compete-lhe também a apreciação dos recursos de ofício, decorrentes do reexame obrigatório em razão da decisão que conclui pela não aplicação de penalidade, conforme o artigo 3º do Decreto n.º 1.935/1996.

Segundo o artigo 4º do Decreto n.º 1.935/1996, o “Conselhinho” é composto por oito membros, “*de reconhecida competência e possuidores de conhecimento especializados em assuntos relativos aos mercados financeiros, de capitais, de câmbio, de capitais estrangeiros e de crédito rural e industrial, e de consórcios*”, observada a seguinte composição: um representante do Ministério da Fazenda; um representante do Banco Central; um representante da Secretaria de Comércio Exterior, do Ministério da Indústria, do Comércio e do Turismo; um representante da CVM; e mais quatro representantes das entidades de classe dos mercados financeiro, de câmbio, de capitais estrangeiros e de crédito rural e industrial, por elas indicadas por lista tríplice, por solicitação do Ministério da Fazenda.

Há uma composição colegiada e paritária do “Conselhinho” que visa dotar as decisões proferidas pelo Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN) de imparcialidade, consagrando o Estado de Direito e as instituições democráticas, haja vista que “assegura aos administrados a impossibilidade de sujeitarem-se ao arbítrio dos governantes”, na medida em que permite a participação dos administrados nos órgãos colegiados.

A análise dos aspectos do “Conselhinho”, acima mencionados, entre eles o fundamento para a sua constituição, a sua competência e sua composição é

fundamental para se adentrar nas discussões acerca do duplo grau administrativo na CVM.

A possibilidade de reapreciação da decisão administrativa permite a constatação de eventuais equívocos de mérito ou formais, na medida em que a revisão do processo por um terceiro, ou melhor, por um órgão colegiado e paritário, torna viável tal constatação, e ainda possibilita um resultado razoável e proporcional, tendo em vista a especialização de seus membros nas matérias julgadas.

3.8.2.3 O Duplo Grau Administrativo na Comissão de Valores Mobiliários

Há que se observar o princípio constitucional da inafastabilidade do controle jurisdicional e a presunção de legitimidade dos atos administrativos, que por tal razão devem ser revistos. Também, é absolutamente imprescindível que se assegure aos acusados em processo administrativo sancionadores todas as garantias caracterizadoras do devido processo legal e que lhe permitam o exercício de defesa, de forma a evitar não só o arbítrio, como também, as decisões desmotivadas, contra ou a favor dos acusados.

Além disso, as reflexões feitas pela doutrina e que serão neste capítulo analisadas referem-se à atuação da Comissão de Valores Mobiliários- CVM como órgão especializado e independente, e por fim a atuação do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN) como órgão paritário e imparcial.

Segundo o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, previsto no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

3.9 TERMO DE COMPROMISSO

Dispõe o art. 11, §5º, da Lei nº 6.385/1976 que a Comissão de Valores Mobiliários poderá, a seu exclusivo critério e se o interesse público permitir, suspender, em qualquer fase, o procedimento administrativo instaurado para a apuração de infrações da legislação do mercado de valores mobiliários, se o investigado assinar termo de compromisso, obrigando-se a cessar a prática

considerada ilícita e corrigir as irregularidades, desde que incluída a indenização de eventuais prejuízos.

A Deliberação da Comissão de Valores Mobiliários nº 390, de 08 de maio de 2001, cuja redação sofreu as alterações introduzidas pela Deliberação CVM nº 486, de 17 de agosto de 2005, disciplina os termos de referido compromisso entre administrado e CVM.

Observa-se que as obrigações descritas nos incisos I e II do §5º do art. 11 da Lei nº 6.385/1976 encerram, em verdade, requisitos inafastáveis, traçados pelo legislador, aos quais deve se subsumir a proposta apresentada pelo administrado.

Compete ao Comitê de Termo de Compromisso, integrado por Superintendentes da Comissão de Valores Mobiliários apreciarem a proposta de celebração de compromisso e emitir parecer a respeito da adequação, conveniência e oportunidade em sua aceitação ou rejeição.

Por sua vez, o Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários decide acerca da celebração de referido compromisso, desde que presentes os requisitos dispostos na lei e nos atos normativos e que a medida se revele conveniente e oportuna.

Assim, aprovada a celebração de compromisso pelo Colegiado da Comissão de Valores Mobiliários, é lavrado um termo que será assinado pelo Presidente da CVM, pelos proponentes e por duas testemunhas, posteriormente, publicados no Diário Oficial da União, consubstanciando título executivo extrajudicial, conforme prevê o §7º do art. 11 da Lei nº 6.385/1976.

O termo de compromisso tem como escopo a resolução célere de conflitos que prejudicam o mercado de capitais, bem como, a reparação de danos sofridos por investidores e demais participantes deste mercado.

Eizirik, ao comentar as então recentes alterações introduzidas na disciplina do mercado de capitais pela Lei nº 9.457/1997, assim se manifestou sobre o tema:

A outorga da possibilidade de 'transacionar', conferida pelo legislador à CVM, não implica alienação ou renúncia dos interesses difusos dos investidores do mercado de capitais. Ao contrário, a assinatura do termo de compromisso constitui um meio rápido e eficiente de alcançar a sua realização, através da suspensão da prática de atos que poderiam ser tidos como ilícitos pela CVM e/ou indenização das partes eventualmente

prejudicadas. O termo de compromisso firmado entre a parte que está sob investigação e a CVM se afigura mais consentânea com a tutela do interesse dos investidores do mercado de capitais do que seria a continuidade do processo administrativo. (EIZIRIK, 2011, p. 245)

A respeito, Noronha assevera:

O termo de compromisso – embora os doutrinadores não estejam unânimes neste posicionamento – constitui manifestação de vontade do acusado, não podendo ser entendido como transação, pois a posição da administração, no exercício de seu poder de polícia, no caso específico de apuração de uma falta administrativa sujeita à aplicação de uma sanção, não é apenas a de demandante. (NORONHA, 2004, p. 288)

Tendo em vista os benefícios que podem advir de sua celebração para a proteção dos interesses dos investidores e do próprio mercado de capitais, há previsão de possibilidade de negociação entre Comissão de Valores Mobiliários e administrado acerca do conteúdo das propostas (art. 8º, §§4º a 6º, da Deliberação CVM nº 390/2001), que pode contar, ainda, com a oitiva dos investidores lesados (art. 10, §§1º e 2º, e art. 11, da referida deliberação).

Em caso de descumprimento das obrigações constantes do referido termo no prazo estipulado, faz-se pertinente analisar seus efeitos no que tange às esferas administrativa, civil e penal.

4 A LEI Nº 7.913/89 E A TUTELA COLETIVA DOS INTERESSES NO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS COMO FORMA DE ACESSO À JUSTIÇA

O procedimento administrativo, descrito no capítulo anterior, pode ser inteiramente revisto na esfera judiciária, sendo as suas decisões apenas provisórias. Não há na Constituição a possibilidade de coisa julgada administrativa. Assim, o cuidado que a Comissão de Valores Mobiliários tem de tomar na apuração de violação legislação é muito maior, inclusive com amplas e demoradas oportunidades de defesa, sob pena de serem revistas as suas decisões em processos judiciais.

Soma-se a isso o fato da Lei das Sociedades Anônimas prever mecanismos processuais específicos para tutela dos direitos dos acionistas. Dentre elas, o art. 105 da Lei das Sociedades Anônimas, prevê uma ação satisfativa para exibição de livros da companhia, cuja legitimação ativa é conferida a *acionistas que representem, pelo menos, 5 (cinco) por cento do capital social e desde que sejam apontados atos violadores da lei ou do estatuto, ou haja fundada suspeita de graves irregularidades praticadas por qualquer órgão da companhia.*

Já, no art. 206, II, da Lei n. 6.404, de 1976, estão previstas duas situações em que acionistas podem promover demanda judicial visando à dissolução da companhia.

No art. 155, § 3º, garante-se ao acionista o direito de promover demanda para haver indenização por perdas e danos, pela informação ilegitimamente aproveitada por outrem, caso o administrador da companhia aberta não guardar sigilo sobre aquisição e alienação do valor mobiliário atingido em sua cotação.

Merece menção também a possibilidade de ajuizamento de ação judicial, nas formas previstas no art. 159, §7º, e no art. 286 da Lei nº 6.404/1976, bem como a legitimidade subsidiária do acionista para a propositura de ação, em nome da companhia, em face de administrador, para obter a reparação de danos por este causados, na forma do art. 159, §4º (Lei nº 6.404/1976).

A par da disciplina especial encontrada na Lei nº 6.404/1976, observa-se a possibilidade do investidor ajuizar ação para a obtenção de danos sofridos causados por participantes do mercado.

Também, poderão os titulares dos valores mobiliários valer-se dos instrumentos processuais comuns, notadamente os estabelecidos no Código de Processo Civil.

Todavia, no mercado de valores mobiliários é grande o número de lesão conjunta de investidores³⁴, e os mecanismos clássicos de tutela apontados não se apresentaram como suficientes para tutelá-los.

Em 1989, por meio da edição da Lei nº 7.913, o legislador disciplinou, pela primeira vez, a utilização da ação coletiva no âmbito do mercado de capitais, legitimando o Ministério Público para tanto em seu artigo 1º.

Cumprе ressaltar que a Lei nº 8.078/90, juntamente com Lei nº 7.913/89, formam um sistema integrado, aplicável à tutela coletiva dos direitos transindividuais (ZACLIS, 2007, p. 65).

Assim, existem no ordenamento jurídico brasileiro instrumentos de tutela coletiva dos interesses no mercado de capitais, entretanto é necessário analisar se referidos instrumentos são efetivos na proteção e fortalecimento do mercado de capitais brasileiro.

Cumprе salientar que no Brasil, não foi atribuída legitimidade ao investidor para a propositura de ação coletiva. Porém, nada impede que a coletividade de investidores possa fazê-lo, desde que organizada sob a forma de associação que tenha por objeto a defesa destes interesses, respeitados os demais requisitos legais.

Entretanto, se o investidor decida não ajuizar demanda individual, nem participar de associação de investidores, poderá, ainda, levar os fatos ao conhecimento dos demais órgãos públicos legitimados para a propositura de ação coletiva, entre estes o Ministério Público, o qual poderá atuar, caso os fatos trazidos a seu conhecimento revelem a necessidade de proteção a direitos transindividuais, conforme será observado.

³⁴ Ressalta-se que investidor é aquele, pessoa física ou jurídica, que converge recursos financeiros para a aplicação nestes papéis buscando lucro. Não importa a intenção com que o investidor adquire os títulos mobiliários, o investimento no mercado mobiliário confere características especiais ao investidor. Seja com a intenção primária e original de quem aplica no mercado de capitais seja o investimento para a obtenção de lucro, o investidor que compra ações, adquire, também, o status de sócio da companhia.

4.1 A LEI 7.913/89 E A TUTELA COLETIVA DOS INTERESSES NO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS BRASILEIRO

A Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989, dispõe sobre a ação civil pública que visa evitar prejuízos e apurar responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários, conferindo ao Ministério Público legitimidade para sua propositura.

Além de inovação da matéria³⁵, seu advento ocorreu em um momento em que o tema da proteção de interesses transindividuais estava em franco desenvolvimento, foi promulgada apenas um ano após a Constituição Federal de 1988, e antes do advento do Código de Defesa do Consumidor.

A Lei nº 7.913/89 resultou da iniciativa da Comissão de Valores Mobiliários, sob presidência de Arnold Wald, que encaminhou anteprojeto de lei ao Ministro da Fazenda Mailson da Nóbrega. Sua exposição demonstrava a necessidade de se integrar ao sistema jurídico brasileiro a tão importante lei:

[...] para contraditar a ideia de que as ações individuais são caras e de difícil acesso, por excelência aquelas inerentes ao mercado de capitais, em razão da sua tecnicidade, imperativo que o Ministério Público e os demais entes valham-se da legitimidade que lhes foi conferida pela Lei 7.913, de 7 de dezembro de 1989, e promova medidas judiciais, de ofício ou em virtude de requerimento da CVM, a fim de evitar prejuízos ou para propiciar o ressarcimento de danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado, quando decorrentes da utilização de informação relevante ainda não divulgada (art. 1o., II, da invocada Lei 7.913/89) (*apud* PROENÇA, 2005, p. 325/326).

Conforme mencionado, referida lei visa evitar prejuízos e promover o ressarcimento provocado aos investidores no mercado de valores mobiliários, e ao mesmo tempo impedir que aqueles que atuem de maneira desvirtuada e abusiva nesse mercado obtenham ganhos ilegais.

De maneira reflexa, garante o funcionamento de um Mercado de Capitais sólido e seguro para o Estado e coletividade, uma vez que, a transparência e credibilidade do mercado atrai mais investimentos e investidores:

³⁵ Conforme já observado, a Lei de Ação Civil Pública, 7.347/85, tutela o meio ambiente, consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Dentre estes bens jurídicos tuteláveis não havia nada que pudesse se aproximar da defesa dos investidores de mercado de valores mobiliários.

[...] 1. A crescente pulverização das participações acionárias no mercado de valores mobiliários possibilitou a criação de um tipo especial de consumidor – que é titular desses valores – minoritário na estrutura de poder da sociedade, inteiramente despreparado para enfrentar os sofisticados mecanismos de negociação em bolsa ou balcão. 2. Outrossim, os prejuízos causados a esses investidores por infrações cometidas nesse mercado, embora atinjam imediatamente uns poucos identificados, mediatamente dizem respeito a toda uma massa de indivíduos que, embora igualmente lesada, desconhece o direito que possuem de exigir o ressarcimento de seus prejuízos. 3. Basta atentar, *exempli gratia*, para o caso de utilização privilegiada, quando o comprador ou o vendedor de ações ignora a atuação de administradores ou de pessoas que constituem os *insiders*. 4. Em tais circunstâncias, apesar de os prejuízos do investidor isoladamente considerados serem de pequeno vulto, não justificando os custos de uma demanda judicial, quando somados atingem quantias expressivas, superiores mesmo ao proveito auferido pelos infratores, desde que considerada como nexa causal a própria ação ou omissão e não a relação jurídica resultante do pacto firmado entre compradores e vendedores. 5. Assim sendo, a defesa dos interesses pertinentes a toda uma classe de investidores constitui, por sua especial relevância, no que tange à normalização do mercado de valores mobiliários, dever do Estado proteger os interesses difusos do Elevado número de pequenos investidores que nele aplicam suas poupanças (sic). 6. Nessas condições, visando ao atingimento desse desiderato, tendo a honra de submeter à elevada consideração de Vossa Excelência o incluso anteprojeto de lei que “dispõe sobre a legitimação do Ministério Público para a propositura de ação de responsabilidade por danos causados ao investidor no mercado de valores mobiliários”. 7. A medida em foco cumpre seja ressaltado, preenche lacuna da legislação existente, buscando atender aos reclamos que a chamada “sociedade de massas” vem constantemente exigindo do jurista e da doutrina, para criarem novos instrumentos de proteção aos interesses dos cidadãos, não adstritos às ações do modelo conservador que a legitimação para agir pressupõe um direito subjetivo do titular. 8. Finalmente, considerando-se a presença de interesses de toda uma comunidade, comete-se ao Ministério Público a capacidade de agir na defesa do seu interesse, o que se coaduna com o mister que lhe é tradicionalmente imputado, na condição de “fiscal da lei”, qual seja em prol da sociedade como um todo pela preservação dos direitos metaindividuais [...] (*apud* ZACLIS, 2007, nota, p. 125-126).

De tal forma, a proteção de interesse dos investidores poderá revestir-se de relevância social, quando a grande dispersão dos lesados puder levar a uma situação de impunidade dos agentes infratores.

Composta por cinco artigos, a Lei não exaure a matéria que tem como objeto. Seu art. 1º, *caput*, dispõe sobre a legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação civil pública, e em seus incisos tipifica algumas das condutas a serem consideradas ensejadoras da ação.

Em seu art. 2º³⁶ descreve o procedimento para o ressarcimento dos danos individualmente sofridos pelos investidores, estipulando prazo decadencial de dois anos para o exercício do direito.

O art. 3º³⁷ preconiza a aplicação subsidiária da Lei nº 7.347/85.

Os artigos 4º e 5º³⁸ trazem, respectivamente, a vigência da lei a partir de sua publicação e a revogação das disposições em contrário.

4.1.1 Dos Interesses/Direitos Coletivos Tutelados pela Lei 7.913/89

A primeira discussão diz respeito à tutela das espécies de direitos ou interesses mencionados por referida lei.

A Lei nº 7.913/89 deve ser analisada em consonância com as demais normas do ordenamento, para a extração da *mens legis* e indicação da relevância jurídica da matéria, que justifique a atuação ministerial.

Assim, considerando os entendimentos doutrinários conflitantes, qual espécie de direito ou interesse a lei em questão efetivamente pretende tutelar?

Para Grinover (2004, p. 763-766) a Lei 7.913/89 foi instituída como um instrumento para tutela coletiva dos interesses individuais, inspirada no sistema norte americano das *class action for damages*. Isso, devido à relevância social que justifica a tutela coletiva do tema.

No mesmo sentido, entendeu Gidi (1995, p. 19), que se tratava de uma ação em defesa dos direitos individuais homogêneos dos investidores no mercado e capitais, com legitimidade exclusiva do Ministério Público, ressaltando que a expressão direitos individuais homogêneos veio posteriormente com o Código de Defesa do Consumidor.

Para Mancuso (2007, p. 445), num primeiro momento, tratava-se de uma Ação Civil Pública para defesa de direitos difusos. Contudo, retificou-se o autor

³⁶ Art. 2º As importâncias decorrentes da condenação, na ação de que trata esta Lei, reverterão aos investidores lesados, na proporção de seu prejuízo.

§ 1º As importâncias a que se refere este artigo ficarão depositadas em conta remunerada, à disposição do juízo, até que o investidor, convocado mediante edital, habilite-se ao recebimento da parcela que lhe couber.

§ 2º Decairá do direito à habilitação o investidor que não o exercer no prazo de 2 (dois) anos, contado da data da publicação do edital a que alude o parágrafo anterior, devendo a quantia correspondente ser recolhida como receita da União.

³⁷ Art. 3º À ação de que trata esta lei aplica-se, no que couber, o disposto na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

³⁸ Art. 4º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.
Art. 5º Revogam-se as disposições em contrário.

em artigo posterior alegando que a Lei 7.913/89 veio proteger direito individual homogêneo, não propriamente direito individual dos investidores, pois as demandas são de ordem coletiva.

Segundo Toledo, a Lei nº 7.91/89 estabelece uma nova espécie de Ação Civil Pública, justificada pela existência de interesse público na regulação da atividade o mercado de capitais.³⁹

O legislador admitiu que as relações estabelecidas no mercado de valores mobiliários transcendem os interesses imediatos e diretos dos investidores, das empresas e dos agentes de mercado. [...] Atingem, sempre com óbvias variações de grau, os demais investidores e agentes do mercado de capitais, a Bolsa de Valores ou mercado de balcão onde foram realizados, e, por consequência, até certo ponto, o mercado de capitais como um todo, repercutindo, finalmente, na própria Economia. (TOLEDO, 1991, p. 71)

Por seu turno, Zaclis (2007, p. 153), embora não afaste o ressarcimento de indivíduos privados, apresenta como principal escopo fazer atuar a lei, impedido essa que os infratores tirem proveito da violação praticada, verificando-se, destarte, o predomínio do objetivo repressivo em relação ao escopo simplesmente indenizatório, guardando a ação pela lei descrita proximidade com uma *public action*.

Conclui Zaclis:

Assim, sendo, a nosso ver, embora, na base, os interesses ou direitos considerados sejam individuais, sua reprodução em massa faz nascer um interesse difuso na responsabilização do causador dos danos. Dizemos ser difuso tal interesse, por estarem nele presentes as características de indeterminação e indivisibilidade, as quais autorizam utilização da tutela coletiva. (ZACLIS, 2007, p.157)

Do posicionamento de Zaclis entende-se que o interesse da coletividade no desenvolvimento do mercado de capitais brasileiro qualifica-se como

³⁹ Pertinente transcrever os esclarecedores exemplos formulados por Hugo Nigro Mazzilli acerca de interesse público e as referidas modalidades de interesses transindividuais: “Há interesses difusos: a) tão abrangentes que chegam a coincidir com o interesse público (como o do meio ambiente, como um todo); b) menos abrangentes que o interesse público, por dizerem respeito a um grupo disperso, mas que não chegam a confundir-se com o interesse geral da coletividade (como o dos consumidores de um produto); c) em conflito com o interesse da coletividade como um todo (como os interesses dos trabalhadores na indústria do tabaco); d) em conflito com o interesse do Estado, enquanto pessoa jurídica (como o interesse dos contribuintes); e) atinentes a grupos que mantêm conflitos entre si (interesses transindividuais reciprocamente conflitantes, como os dos que desfrutam do conforto dos aeroportos urbanos, ou da animação dos chamados trios elétricos carnavalescos, em oposição aos interesses dos que se sentem prejudicados pela correspondente poluição sonora)”.

interesse difuso, por atender ao disposto no inciso I do §1º do art. 81 da Lei nº 8.078/1990, e que, ao mesmo tempo, coincide, com o interesse público, com as finalidades legais cuja realização foi atribuída à Comissão de Valores Mobiliários, conseqüentemente, a ação coletiva seria o instrumento apto utilizado na regulação do mercado de capitais sempre que verificar violação ao referido interesse da coletividade no desenvolvimento de mercado de capitais brasileiro.

Porém, a simples oposição teórica desta afirmação não permite solucionar as diversas indagações que atualmente se põem em face da utilização deste instrumento.

A primeira observação a ser feita é que no mercado de capitais brasileiro não se afigura somente o interesse difuso assim delineado. No âmbito do mercado de capitais, além do interesse difuso consistente em seu correto e bom funcionamento, outros interesses transindividuais igualmente legítimos merecerem a tutela do ordenamento jurídico e, assim, a exigirem o sopesamento dos princípios constitucionais.

Em uma análise mais aprofundada, verifica-se que o objeto da referida lei não se resume necessariamente à reparação, em decorrência de direitos difusos, para alcançar um bem maior, qual seja, a lisura no funcionamento do mercado de valores mobiliários, gerando maiores investimentos nas empresas privadas e, assim, maior geração de emprego e melhor desenvolvimento da economia nacional. Antes de qualquer coisa, a Lei busca a reparação de danos do grupo de investidores, como os acionistas minoritários.

A crescente pulverização das ações representativas do capital social não pode acarretar a impunidade de seus administradores quando, em razão de uma conduta ilícita, milhares de investidores sejam lesados.

Se considerados individualmente os danos dos investidores podem vir a ser de pequena monta, o que provavelmente desmotivaria uma busca individual pela reparação dos danos, pois esta não se afiguraria compensatória, por conseguinte resultaria na impunidade do indivíduo infrator.

Assim, é suma importância a proteção dos acionistas minoritários, seja para evitar prejuízos ou obter ressarcimento de danos causados, como no caso da Lei 7913/89. Também, a Lei nº 10.303/2001 eminentemente teve como escopo a maior proteção dos acionistas minoritários, por meio de inúmeros institutos modificados, restabelecidos e criados na Lei das Sociedades Anônimas, como o

dever de lealdade e de informação, bem como a responsabilidade civil daqueles que administram as grandes companhias.

O que se visa com a Lei 7.913/89 é que aqueles que comandam o destino da companhia e de seu capital, ou mesmo aqueles que simplesmente têm acesso a informações de ordem restrita, possam, em detrimento dos demais, tirar proveito de situações apontadas pelo ordenamento como irregulares, ou seja, a proteção dos investidores.

Quando a lei refere-se aos *titulares de valores mobiliários*, cuida-se de proteção a interesse ou direito coletivo *Stricto sensu*.

No aspecto subjetivo, os titulares dos direitos, no caso os investidores, são indeterminados, mas determináveis, cuja lesão configura direito coletivo, ou seja, de todos os investidores indistintamente, mas que afeta cada um em particular.

Isso significa dizer que há uma relação jurídica base preexistente à lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico, entre os componentes do grupo, ou entre eles e a parte contrária. Em outras palavras, essa relação jurídica base é representada pelo fato de serem acionistas da mesma empresa, ou de possuírem outros valores mobiliários da mesma empresa.

No aspecto objetivo, o direito coletivo protege um objeto ou bem jurídico indivisível, não pertencendo a um investidor individual em particular, mas a todos em conjunto e simultaneamente. No caso, isso significa que uma única ofensa à companhia ou empresa que gere a falta de credibilidade e a desvalorização de seus valores mobiliários, perante o mercado de capitais prejudica a todos, ao passo que uma solução do problema e sua valorização a todos beneficiam⁴⁰.

Observa-se assim, que nesse aspecto a Lei 7.913/89 tutela interesses ou direitos coletivos *Stricto sensu* e não apenas de direitos difusos. Embora, na base sejam individuais, trata-se de um direito indivisível, concernentes a um grupo de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base preexistente, qual seja, o fato de serem possuidores de valores

⁴⁰ Na lei das S/A, Lei 6.404/76, é prevista a ação social de responsabilidade civil que tem por objeto a reparação do dano diretamente sofrido pela sociedade. Sua titularidade compete à companhia e poderá ser proposta pela própria sociedade (*ut universi*), ou poderá ser proposta pelos acionistas, a chamada ação *ut singuli*, que apresenta duas modalidades, uma proposta pelos acionistas na condição de substitutos processuais originários, disposta no artigo 159, §4 da lei, e a proposta como substitutos processuais derivados, art. 159, §3 da lei das S/A .

mobiliários da mesma empresa, e cuja determinação da titularidade é possível, uma vez que é atribuído aquele que é possuidor do valor mobiliário.

No que concerne ao tratamento dado pela lei, aos investidores do mercado de capitais de uma forma em geral, tem-se que o objeto é divisível, nesse caso estar-se-ia diante de direitos individuais homogêneos, e não coletivos.

Considerando os conceitos já exarados em capítulo anterior tem-se a seguinte situação:

Quanto ao aspecto subjetivo, há um grupo determinado de pessoas a que diz respeito o interesse, ou seja, são direitos subjetivos individuais dos investidores tratados de forma coletiva, em razão da origem comum, qual seja investirem no mercado de capitais.

No aspecto objetivo, o objeto ou o bem jurídico tutelado é divisível, ou seja, os investidores são titulares de um mesmo direito individual homogêneo, mas o resultado real da violação é diverso para cada um e será determinado em liquidação de sentença.

Assim, os direitos e ou interesses que a Lei 7.913/89 pretende tutelar são direitos coletivos *Stricto sensu* e direitos individuais homogêneos.

4.1.2 Das Condutas Autorizadoras da Ação Coletiva

A Lei 7.913/89, em seu artigo 1º, preconiza as condutas que poderão ser objeto da ação:

Art. 1º. Sem prejuízo da ação de indenização do prejudicado, o Ministério Público, de ofício ou por solicitação da Comissão de Valores Mobiliários - CVM adotará as medidas judiciais necessárias para evitar prejuízos ou obter ressarcimento de danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado, especialmente quando decorrerem de:

I - operação fraudulenta, prática não equitativa, manipulação de preços ou criação de condições artificiais de procura, oferta ou preço de valores mobiliários;

II - compra ou venda de valores mobiliários, por parte dos administradores e acionistas controladores de companhia aberta, utilizando-se de informação relevante, ainda não divulgada para conhecimento do mercado ou a mesma operação realizada por quem a detenha em razão de sua profissão ou função, ou por quem quer que a tenha obtido por intermédio dessas pessoas;

III - omissão de informação relevante por parte de quem estava obrigado a divulgá-la, bem como sua prestação de forma incompleta, falsa ou tendenciosa.

No *caput* do artigo 1º verifica-se o caráter meramente exemplificativo do rol, visto que o legislador utiliza a expressão “*especialmente quando decorrerem de*”, antecedendo a enumeração legal das condutas.

Em seu inciso I, são previstas diversas condutas: a “prática não equitativa”, as “condições artificiais de demanda, oferta ou preço”, a “operação fraudulenta”, a “manipulação de preços”. Referidas condutas estão conceituadas na Instrução nº. 8 da CVM, datada de 1979:

- a) condições artificiais de demanda, oferta ou preço de valores mobiliários aquelas criadas em decorrência de negociações pelas quais seus participantes ou intermediários, por ação ou omissão dolosa provocarem, direta ou indiretamente, alterações no fluxo de ordens de compra ou venda de valores mobiliários;
- b) manipulação de preços no mercado de valores mobiliários, a utilização de qualquer processo ou artifício destinado, direta ou indiretamente, a elevar, manter ou baixar a cotação de um valor mobiliário, induzindo, terceiros à sua compra e venda;
- c) operação fraudulenta no mercado de valores mobiliários, aquela em que se utilize ardil ou artifício destinado a induzir ou manter terceiros em erro, com a finalidade de se obter vantagem ilícita de natureza patrimonial para as partes na operação, para o intermediário ou para terceiros;
- d) prática não equitativa no mercado de valores mobiliários, aquela de que resulte, direta ou indiretamente, efetiva ou potencialidade, um tratamento para qualquer das partes, em negociações com valores mobiliários, que a coloque em uma indevida posição de desequilíbrio ou desigualdade em face dos demais participantes da operação. (sic)

No inciso II, do artigo 1º, é prevista a conduta do *insider trading*, evidenciada pela compra ou venda de valores mobiliários, com o uso de informações privilegiadas, e ainda não divulgadas ao mercado, realizada por parte de administradores, acionistas controladores, ou por quem detenha a informação em razão da profissão ou função exercida perante a empresa. Tais condutas ao privilegiar pessoas que, por se encontrarem em situações especiais (dentro do âmbito dos controladores e dos envolvidos profissionalmente com a companhia), e possuírem informações que deveriam ser públicas, ou possuírem essas informações antecipadamente, beneficiam-se em detrimento dos demais participantes do mercado, acabam por romper com o equilíbrio do mercado.

O inciso III, da Lei 7.913/89, trata da “*omissão de informação relevante por parte de quem estava obrigado a divulgá-la, bem como sua prestação de forma incompleta, falsa ou tendenciosa*”. Ressalta-se que o dever de prestação de informações (*disclosure*) corretas, claras e ostensivas é de preocupação não só do legislador, que impôs o dever de informação e de lealdade aos administradores

da companhia, como também da CVM que em inúmeras instruções, como a 358 de três de Janeiro de 2002, em seu artigo 2º, prevê o dever de informar por parte dos controladores e administradores da Companhia.

4.1.3 Da Legitimidade para Propositura da Ação

O art. 1º da Lei nº 7.913/89, de forma expressa, confere legitimidade ao Ministério Público para o ajuizamento da ação para tutela coletiva de direitos individuais dos “titulares de valores mobiliários” e dos “investidores do mercado”.

Contudo, há uma discussão com relação à legitimidade apresentada na Lei 7.913/89, qual seja, a constitucionalidade da legitimidade conferida ao Ministério Público para atuação na defesa de interesses individuais homogêneos.

Mancuso sustenta que a relevância social do tema foi dada pela própria lei, ao reconhecer o tema como passível de proteção pelo Ministério Público. Aduz o autor, ao comentar as Leis 7.853/89 e 7.913/89:

Definindo, assim, o contexto jurídico da tutela (deficientes e participantes do mercado de capitais), passam tais interesses a receber da ordem jurídica a concreticidade necessária à sua defesa judicial. Antes da entrada em vigor dessas leis, portanto, não poderia o MP, sob qualquer pretexto, arvorar-se tutor de tais interesses, pelo simples fato de que antes de sua vigência eles não eram reconhecidos como interesses jurídica e jurisdicionalmente defensáveis. (MANCUSO, 2007, p. 115-116)

Questiona-se constitucionalidade do dispositivo que confere a legitimidade ministerial. De fato, em seu art. 129 a Constituição Federal dispõe:

Art. 129 – São funções institucionais do Ministério Público:
[...] III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

Observa-se que a Constituição somente prevê a proteção dos direitos ali elencados, ou outros *interesses difusos e coletivos*.

Ocorre que, como analisado anteriormente, o direito constante da Lei nº 7.913/89, além de coletivo *Stricto sensu* pode ser interesse eminentemente individual, ainda que homogêneo, e de acordo com o texto constitucional não teria sido alcançado pela proteção do Ministério Público.

Ainda, o inciso IX do 129 da CF, preconiza que cumpre ao Ministério Público “*exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas*”.

Destaca-se também o art. 127 da Magna Carta que traz as finalidades daquele órgão, dispondo:

Art. 127 – O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Referidos dispositivos constitucionais são utilizados tanto para negar a legitimidade ao Ministério Público para a propositura da ação civil pública da Lei nº 7.913/89, utilizando-se de uma interpretação restritiva da Constituição Federal, como para defender a atuação ministerial.

Defende Sérgio Bermudes (2006), que a Constituição Federal, em seu art. 129, III, restringiu a legitimidade do Ministério Público à defesa de direitos difusos e coletivos de tal forma que lei infraconstitucional, dentre as quais a Lei 7.913/89, não poderia atribuir ao Ministério Público competência adicional que a Constituição não lhe concedeu.

Ademais, não se aplicaria os disposto nos artigos 127 e 129, IX posto que os referidos dispositivos afirmam ser da finalidade do Ministério Público apenas os interesses sociais e os individuais indisponíveis e os direitos tutelados pela Lei 7.913/89. Na concepção do autor (SÉRGIO BERMUDES, 2006) não poderão ser considerados como interesses sociais, já que constituem parte de uma relação jurídica individual e privada, além de apresentarem caráter patrimonial disponível.

Assim, os direitos à reparação dos danos sofridos apresentados pela lei são de interesses eminentemente individuais, mesmo que homogêneos, não sendo de competência do Ministério Público, por falta de previsão expressa na Constituição Federal.

Observa-se que nesse viés o texto constitucional teria alcançado o sentido estrito de interesses difusos e coletivos, excluindo o conceito de interesses individuais homogêneos. Além de restringir as consequências dos danos aos

investidores no mercado de valores mobiliários ao âmbito privado e individual, negando a existência de qualquer outro interesse, de âmbito geral ou coletivo.

Em entendimento contrário, Zaclis defende que a questão deve, primeiramente, ser examinada sob enfoque processual, afirmando que:

O correto equacionamento do problema, no nosso modo de entender, não passa pela discussão da constitucionalidade ou da legalidade da legitimação do MP para a defesa de interesses individuais homogêneos propriamente ditos. O que sucede é que, verificando a ocorrência de uma conduta antijurídica que atinge uma expressiva quantidade de pessoas, se consubstancia um interesse difuso na obtenção da necessária tutela jurisdicional. A legitimação do MP existe em função desse interesse difuso e só por isso. Nesse momento, os titulares dos direitos lesados são indeterminados, sendo certo que a coletivização da tutela gera uma indivisibilidade quanto ao interesse na sua obtenção, características essas típicas dos interesses difusos. (ZACLIS, 2007, p. 155)

Conclui Zaclis (2007, p. 171) que a pertinência temática é de suma relevância para o estudo da matéria, de modo que o objeto da proteção deve ser tema relacionado à atuação ministerial, qual sejam, os interesses difusos, que dizem respeito à dignidade, a proteção dos interesses econômicos, legitimam a atuação do Ministério Público para a Lei 7.913/89.

Contudo, demonstrou-se que a lei não tutela propriamente direitos difusos. Na verdade, justifica-se a atuação do Ministério Público, primeiro o fato da Lei tutelar direitos e interesses coletivos, conforme demonstrado.

E, mesmo no que tange a tutela dos direitos e interesses individuais homogêneos, entende Mazzilli (2006, p. 582) ser cabível a atuação ministerial para a defesa de interesses individuais homogêneos sempre que a lesão verificada tiver uma expressão social, *“quando o interesse seja indisponível ou quando seja tal a abrangência ou dispersão de lesados que sua atuação de torne proveitosa para a sociedade, ou seja, quando a defesa do interesse tenha caráter social”*.

Segundo ZAVASCKI a legitimação do Ministério Público decorre, no caso, da atribuição para defender interesses sociais, que lhe foi conferida pela Carta Magna:

É de interesse social a defesa desses direitos individuais, não pelo significado particular de cada um, mas pelo que a lesão deles, globalmente considerada, representa em relação ao adequado funcionamento do sistema financeiro, que é, segundo a própria Constituição, instrumento fundamental para promover o desenvolvimento equilibrado do País e servir aos interesses da coletividade (art. 192). Com isso se conclui que a

legitimação do MP, para a defesa de direitos individuais dos consumidores e dos investidores no mercado financeiro, estabelecida nas Leis n. 6.024/74, 7.913/89 e n. 8.078/90, é perfeitamente compatível com a sua incumbência constitucional de defender os interesses sociais, imposta pelo art. 127 da Constituição. Em todos os casos, ressalte-se, a legitimação tem em mira apenas a obtenção de sentença condenatória genérica. A atuação do MP se dá em forma de substituição processual e é pautada pelo trato coletivo e impessoal dos direitos subjetivos lesados. E é nesta dimensão, e somente nela, que a defesa de tais direitos – divisíveis e disponíveis – pode ser promovida pelo MP sem ofensa à Constituição. (ZAVASCKI, 1995, p. 158)

Não há qualquer óbice quanto à legitimação do Ministério Público para propositura da ação descrita na Lei 7.913/89.

Conforme já comentado, os interesses ou direitos tutelados por referida Lei são coletivos *Stricto sensu* e individuais homogêneos, mesmo que haja controvérsia quanto sua aplicação aos direitos individuais homogêneos, não há que se falar em óbices com relação à legitimidade do Ministério Público para propositura de ação que proteja interesse ou direito coletivo, visto que a Constituição expressamente assim dispõe, no art. 129, inciso III.

Mesmo no que diz respeito aos direitos individuais homogêneos, há que se observar que a Constituição Federal foi promulgada antes do Código de Defesa do Consumidor, sendo que a terminologia *interesses individuais homogêneos* somente apareceu com a promulgação deste último instituto, como desmembramentos do termo interesse difuso e coletivo, portanto, a expressão *interesse individual homogêneo* não poderia constar do texto constitucional, sendo, contudo, contemplados e protegidos pelo art. 129, inciso III da CF, ainda que não expressamente.

Ademais, considerando o disposto nos art. 129, IX e art. 127 da Magna Carta é possível a atuação do Ministério Público visto que lhe é atribuído o exercício de qualquer função desde que compatível com suas finalidades, no caso as disposições particulares e individuais que tenham relevância social, consideradas de *interesse social*, justificando a atuação ministerial (art. 129, III da CF).

Outra questão conflitante, não menos importante, em relação à legitimidade ativa para propor esta Ação Civil Pública, prevista na Lei 7.913/89⁴¹, diz respeito se ela está restrita ao Ministério Público, ou deverá ser ampliada.

⁴¹ Hugo Nigro Mazzilli assevera que: “Negar a iniciativa dos co-legitimados para a ação civil pública ou coletiva nessas hipóteses seria o mesmo que olvidar os pressupostos e objetivos da legitimação extraordinária em defesa de interesses transindividuais” (2004, p. 555).

Cappelletti e Garth (1998, p. 43) relataram que para a defesa dos interesses difusos é mais comum sua atribuição ao Estado, deste modo verificando-se a relutância em se conferir ao indivíduo a legitimidade para tanto. Contudo, a atribuição, de tal tarefa ao Ministério Público, muitas vezes não se mostrou satisfatória, quando se trata da defesa dos chamados novos direitos, pois por vezes requerem-se conhecimentos técnicos, específicos, em áreas não jurídicas e, ao órgão ministerial, faltaria referida especialização.

Quanto à atribuição de referida legitimidade a órgãos ou agências públicas especializadas, limitações de outra ordem devem ser consideradas, segundo os autores:

Os departamentos oficiais inclinam-se a atender mais facilmente a interesses organizados, com ênfase nos resultados de suas decisões, e esses interesses tendem a ser predominantemente os mesmos interesses das entidades que o órgão deveria controlar. Por outro lado, os interesses difusos, tais como os dos consumidores e preservacionistas, tentem, por motivos já mencionados, a não ser organizados em grupos de pressão capazes de influenciar essas agências (CAPPELLETTI e GARTH, 1988. p. 48-73).

Entretanto, no art. 3º da referida lei está prevista a aplicação dos dispositivos da Lei nº 7.347/85, determinando, assim, uma interpretação sistemática dos diplomas legais, o que permite que a regra de legitimação ativa do art. 5º da Lei nº 7.347/85 seja aplicada à ação coletiva prevista na lei nº 7.913/89.

Ensina Toledo:

Ao atribuir legitimação ativa ao Ministério Público, o legislador nada mais fez que pôr em prática expresso preceito da Constituição Federal, que menciona, entre as funções institucionais do Ministério Público, a promoção do inquérito civil e da ação civil pública 'para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos' (art. 129, III). Foi além no entanto, uma vez que a Constituição acrescenta, no § 1.º do mencionado art. 129, que a legitimidade prevista no inc. III do dispositivo, 'não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o dispositivo nesta Constituição e na lei'. Como se vê, a norma constitucional remete à legislação ordinária, estabelecendo, no entanto, a regra da não-exclusividade da legitimação, por sinal elogiada pela doutrina. Na Lei 7.913/89, no entanto, o legislador deixou de dispor acerca da legitimação concorrente de terceiros para a propositura da ação civil pública. Tratando-se, como foi visto, de matéria pertinente ao âmbito da lei ordinária, pode-se daí inferir que a intenção do legislador foi a de atribuir ao Ministério Público, em princípio exclusivamente, legitimidade para propor a ação civil pública. Não se pode, no entanto, afastar de plano a possibilidade de, por aplicação extensiva da norma do art. 5º da Lei 7.347/85 (o recurso a esse diploma é explicitamente admitido pelo art. 5º da Lei 7.913/89), ser a ação proposta por uma das pessoas relacionadas no citado dispositivo. (TOLEDO, 1991, p. 72)

No mesmo sentido, para Proença *apud* Zaclis (2007, p. 144), a legitimidade deveria ser estendida a outros entes, ampliando-se o rol de legitimados à proteção dos investidores, incluindo-se, principalmente a Comissão de Valores Mobiliários, a Bolsa de Valores e associações de defesa de investidores e consumidores.

Em que pese, Zaclis (2007, p. 169) afirmar que restringir a legitimação para a propositura de ações coletivas na defesa dos investidores não é adequado, uma vez que, em determinadas situações apresentar-se-iam outras pessoas também aptas a exercer a representação adequada de tais interesses⁴². O autor entende (ZACLIS, 2007, p. 170) que a legitimidade para propositura da ação na Lei 7.913/89 é restrita ao Ministério Público, não podendo ser aplicada a ela o artigo 5º. da Lei 7.347/85 que legitima outras entidades para agir no caso, pois, a aplicação subsidiária da Lei 7.347/85, prevista no artigo 3º da Lei 7.913/89 restringe-se aos casos em que ela for omissa, e no caso da legitimação a lei foi expressa ao atribuir legitimação para agir ao Ministério Público, não há omissão, não havendo omissão não há porque aplicar-se subsidiariamente o disposto na Lei 7.347/85. Conclui o autor (ZACLIS, 2007, p. 170): *“Assim sendo, só de lege ferenda se poderá cuidar da extensão da legitimação para agir a outros entes”*.

Mancuso ao tratar da efetividade na proteção dos mencionados interesses discorre:

Essa atuação assim concorrente e disjuntiva harmoniza-se, de resto, com a diretriz estabelecida na Constituição Federal, pela qual a legitimação reconhecida ao Ministério Público na tutela aos interesses metaindividuais ‘não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei (1º, do art. 129)’. (MANCUSO, 2007, p. 248)

Segundo o autor, a solução que melhor se apresenta é a combinação entre a legitimidade de agências governamentais, do Ministério Público e das associações. Este é o tratamento conferido atualmente pelo legislador à questão, ou seja, legitimidade concorrente e disjuntiva, que atende ao disposto no

⁴² Somos de parecer, contudo, que restringir-se a legitimação ativa ao Ministério Público, tal como faz a Lei 7.913/89, não corresponde à melhor solução, até porque, dependendo das circunstâncias, poderá ele não ser um representante adequado. Entendemos que a legitimação deve ser estendida também à Comissão de Valores Mobiliários (CVM) – de modo a facultar-se-lhe atuação idêntica à da sua congênera estadunidense, a *Securities and Exchange Commission* (SEC) -, assim como a integrantes da iniciativa privada, sejam indivíduos, sejam associações de defesa de investidores, atribuindo-se ao juiz, na esfera de seu poder discricionário, a escolha do representante adequado.

art. 129, §1º, da Carta Magna. (MANCUSO, 2007, p. 228-247) não deixa de relacionar a especialização dos órgãos e das agências governamentais como uma vantagem, sem deixar de indicar a possibilidade de crescente burocracia e sua consequente morosidade como desvantagens de se atribuir a defesa dos interesses difusos aos mencionados órgãos.

4.1.4 Da Sentença no Processo Coletivo e na Lei 7.913/89

Sentença coletiva é aquela exarada no bojo de uma ação coletiva, onde se discutem interesses transindividuais, sejam difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Tecnicamente, abarca o conceito trazido no artigo 162, parágrafo 1, do Código de Processo Civil, no sentido de que *“é o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos arts. 267 e 269 desta lei”*.

A sentença proferida em ação coletiva apresenta poucos traços distintos daquela exarada em ação individual.

No processo coletivo, ao contrário do processo individual, onde se litigam direitos individuais, os efeitos da decisão transcendem as partes formais da relação processual, para atingir a uma coletividade de pessoas. Portanto, quanto mais ampla a lesão ou o grupo de lesados, maior será o campo de abrangência da sentença coletiva.

Percebe-se que nas leis que cuidam dos direitos transindividuais poucas são as disposições sobre o comando sentencial.

Na verdade, são as regras de índole individual da codificação processual que socorrem o direito coletivo naquilo que houver compatibilidade (art. 90 Código de Defesa do Consumidor). Trata-se de regras de adaptação ao microssistema repleto de princípios que requerem interpretação adequada das disposições do Código de Processo Civil.

No processo coletivo as circunstâncias do interesse tutelado determinam as peculiaridades da sentença.

Ressalta-se que na discussão de direitos essencialmente coletivos, o tratamento diferenciado é motivado pela essência de indisponibilidade dos mesmos.

Todavia, no caso dos direitos individuais homogêneos, ainda que disponíveis, a relevância para o Direito de solucionar coletivamente os conflitos se

identifica com diversos mandamentos descritos na lei principiológica do consumidor e demais leis coletivas, dentre os quais o amplo acesso à justiça e a necessidade de que o processo seja eficaz e justo.

Não há qualquer mudança em relação à conceituação dos pronunciamentos judiciais, à divisão em definitiva ou terminativa, segundo o conteúdo da sentença, ou no que se refere aos seus elementos.

Ainda, não é diferente sobre a questão da necessidade de fundamentação, bem como, devem conter relatório, contendo os nomes das partes, a suma do pedido e da resposta do réu, bem como o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo, e dispositivo, em que o juiz resolverá as questões a ele submetidas.

Segundo o texto da Lei da Ação Civil Pública a sentença poderá ser mandamental e executiva (art.11), mas na maioria das vezes ela é condenatória (art. 13). Conforme a Lei 7.347/85 o pedido pode ser cumulado para prestação ou não de algum fato (fazer ou não fazer) e pedido de indenização pecuniária.

Como regra a ação que tiver por objeto a condenação em dinheiro pressupõe necessariamente que o dano já ocorrera e que por isso não seria possível o restabelecimento do *status quo ante*.

Assim, o pedido deduzido na ação é de cunho *condenatório*, pois nela o requerente buscará que a sentença declare a existência da relação jurídica (declaratória), mas com regra sancionadora contra o requerido (condenatória).

Por sua vez, quando o autor buscar o provimento jurisdicional fundado em uma obrigação de fazer ou não fazer, o objeto do pedido é de cunho *cominatório*, *mandamental*, visando, portanto, a uma tutela específica de um interesse transindividual.

Todavia, o que se extrai da leitura do art. 83 do Código de Defesa do Consumidor, no que se refere à natureza da sentença proferida em processo coletivo, para a defesa dos direitos coletivos, quaisquer ações podem ser utilizadas. Por consequência, todos os tipos de sentença (declaratória, constitutiva ou condenatória, seja com eficácia mandamental ou executiva), poderão ser pronunciados para a solução de um conflito de ordem coletiva.

Imperioso mencionar que o art. 3º da Lei da Ação Civil Pública que, nada obstante aparentar limitativo às hipóteses de condenação em dinheiro ou o

cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, não afasta a incidência de demais pedidos e, por consequência, tipos de sentença.

Com o advento do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor tornaram-se frequentes sentenças que ostentam eficácia mandamental, por conter uma ordem para cumprimento imediato do preceito, ou executiva *Lato sensu*, onde se evidenciam medidas capazes de compelir ao cumprimento da condenação, independentemente de execução. Não há impedimento na lei para formulação de pedidos de outra natureza.

Conforme já exarado, o caput do art. 1º da Lei 7.913/89 traz as expressões em *evitar prejuízos* ou *obter ressarcimento pelos danos causados*, pressupondo evitar danos materiais e pagamento de uma indenização pelos danos causados pela violação do direito de um dos bens jurídicos tutelados.

Ao referir-se ao termo *evitar prejuízos*, pode-se estar diante de uma sentença de cunho *cominatório*. A hipótese trata de um *facere* ou *non facere*, evitando-se a ocorrência do dano, estabelecendo à parte uma obrigação de fazer ou de não fazer, para se remover o risco alegado pelo autor e quando presentes no processo motivos suficientes e autorizadores para a medida.

Quando se refere a *obter ressarcimento pelos danos causados*, pode-se afirmar que a sentença será *declaratória*, pois reconhecerá se certo fato, ato ou situação existiu ou não e, ainda, *condenatória*, pois tem como por objeto a condenação em dinheiro para ressarcimento dos danos.

Cumpre salientar, que a sentença, que condena o réu ao pagamento da indenização pelos danos causados pela violação do direito de um dos bens jurídicos tutelados, deve observar a possibilidade dessa indenização se verificar não só no aspecto ressarcitório, recompondo o prejuízo sofrido, mas também punitivo, no sentido pedagógico de se desestimular a reincidência de condutas não recomendadas, inibindo, demais atos que importem na violação aos direitos tutelados.

4.1.5 Da Coisa Julgada no Processo Coletivo e na Lei 7.913/89

A coisa julgada individual caracteriza-se por ser *inter partes* e *pro et contra*⁴³. O fenômeno tradicional da coisa julgada, analisado no âmbito das ações coletivas, ganha nova dimensão e contornos diferenciados, se comparados ao regime observado no campo das ações individuais.

Cumprindo assinalar, de início, que a disciplina da coisa julgada nas ações coletivas passa pela interação das normas da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, que juntos, formam um microsistema para a tutela dos interesses transindividuais.

Apregando que a coisa julgada, nas ações coletivas, se dá segundo o resultado do processo (*secundum eventum litis*), Mazzilli, sintetiza a questão em três regras básicas:

- a) em caso de procedência, haverá coisa julgada. Assim, o comando contido na sentença será imutável *erga omnes*, ou seja, contra todos. Isso significa que nem as próprias partes da ação civil pública originária (co-legitimado ativo *versus* causador do dano) nem quaisquer outros co-legitimados ativos, nem quaisquer outras pessoas, tenham ou não tomado parte efetiva no processo de conhecimento, - ninguém, enfim, poderá discutir em juízo, novamente, os mesmos fatos;
- b) em caso de improcedência por qualquer motivo que não a falta de provas, também haverá coisa julgada. Assim como na hipótese da letra anterior, o *decisum* será imutável *erga omnes*;
- c) em caso, porém, de improcedência por falta de provas, não haverá coisa julgada; outra ação poderá ser proposta, com base em nova prova. Essa nova ação, fundada em nova prova, poderá ser ajuizada pelo mesmo autor que tinha proposto a ação de conhecimento anterior, ou por qualquer outro co-legitimado. (MAZZILLI, 2006, p. 419)

A esse respeito, cabe aqui fazer menção ao disposto no artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública, incluído através da Lei n. 9494/97, que atualmente disciplina que “*a sentença civil fará coisa julgada erga omnes, nos limites da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova*”.

Tal dispositivo foi incluído através de uma medida provisória oriunda do Poder Executivo, com vistas a promover a limitação dos efeitos da coisa julgada à competência territorial do órgão judicial prolator.

⁴³ *Pro et contra*, porque ocorre tanto para o benefício do autor, com a procedência da demanda que confirma a sua pretensão, como em seu prejuízo, com a declaração negativa de seu direito.

A priori, salienta-se que houve confusão do legislador que desejou fazer uma ligação entre coisa julgada e competência territorial, sem se atentar que tal medida é totalmente incompatível com o regime das ações coletivas.

Segundo, esqueceu-se o legislador que o Código de Defesa do Consumidor, aplicável em conjunto com a Lei da Ação Civil Pública, na tutela dos interesses transindividuais, disciplina, da mesma maneira que dispunha originariamente a Lei da Ação Civil Pública, toda a sistemática da coisa julgada nas ações coletivas. Para tanto, basta verificar o contido nos artigos 90 e 103 do Código Consumerista. E tais dispositivos não foram alterados pela Lei n. 9494/97, mantendo-se íntegros e passíveis de aplicação a todo o sistema das ações coletivas.

Assim, ainda que o legislador tenha desejado limitar os efeitos da coisa julgada nas ações coletivas à competência territorial do órgão prolator, não conseguiu, por força da aplicação hermenêutica de referidos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor.

Mas, o sistema da ação popular também não foi alterado pela Lei n. 9494/97. Assim, caso seja proposta uma ação popular, os efeitos da coisa julgada não sofrerão qualquer limitação pela competência territorial do órgão prolator. Sabe-se que pode haver reunião de processos no caso de uma ação civil pública e uma ação popular contiverem o mesmo objeto e a mesma causa de pedir. Estaríamos, então, diante de uma incongruência do sistema, uma, a ação civil pública, com os efeitos da coisa julgada limitados pela competência territorial do juízo, outra, a ação popular, não.

Diante disso, considera-se ineficaz referido entendimento restritivo aos efeitos extensivos da coisa julgada nas ações coletivas.

Os fins colimados pela adoção do sistema das ações coletivas no ordenamento jurídico pátrio não conseguiriam ser atingidos se fosse adotada a sistemática tradicional da coisa julgada produzida nas ações individuais.

A tutela coletiva dos interesses transindividuais não pode ser limitada às partes formais do processo, mas deve transcendê-las, para o fim de alcançar a coletividade a ser atingida pelos efeitos da decisão.

Ponderando sobre o tema, Mazzilli, faz a seguinte colocação:

Se, de acordo com a teoria clássica, a coisa julgada significa a imutabilidade daquilo que foi definitivamente decidido, limitadamente às partes do processo, então de que adiantariam as ações civis públicas e coletivas? Se a coisa julgada no processo coletivo ficasse classicamente limitada apenas às partes formais do processo onde foi proferida, então qualquer colegitimado poderia propor novamente a mesma ação, discutindo os mesmos fatos e fazendo o mesmo pedido... Se a coisa julgada no processo coletivo não ultrapasse as barreiras formadas pelas próprias partes formais do processo de conhecimento, de que adiantaria formar-se um título executivo que não iria sequer beneficiar os lesados individuais, que não foram parte no processo? (MAZZILLI, 2006, p. 419)

Em seguida, Mazzilli bem disciplina como se dará a extensão dos efeitos da coisa julgada na tutela dos interesses transindividuais:

a) interesses difusos: a sentença transitada em julgado será imutável *erga omnes*, exceto se a improcedência decorrer de falta de provas, caso em que outra ação poderá ser proposta com nova prova. Em hipótese alguma a coisa julgada prejudicará interesses individuais diferenciados, nem mesmo em caso de improcedência por motivo outro que não a falta de provas. A sentença de procedência beneficiará lesados individuais, reunidos por interesses homogêneos, no que diz respeito ao reconhecimento da existência da lesão coletiva. [...]

b) interesses coletivos: a sentença será imutável *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe de lesados, exceto se a improcedência se der por falta de provas, caso em que outra ação poderá ser proposta com base em nova prova. Para beneficiar-se da coisa julgada formada em ação coletiva, o autor da ação individual deverá ter requerido oportunamente sua suspensão; seus interesses individuais não serão prejudicados por eventual improcedência na ação coletiva, nem mesmo se a improcedência se fundar em motivo outro que não a falta de provas. [...]

c) interesses individuais homogêneos: a sentença será imutável, com efeitos *erga omnes* só em caso de procedência, e beneficiará vítimas e sucessores. Para beneficiar-se da coisa julgada formada em ação coletiva, o autor de ação individual deverá ter requerido oportunamente sua suspensão. No caso, essa extensão só ocorrerá *in utilibus*, isto é, se houver procedência. Havendo improcedência, os lesados individuais que não intervieram no processo coletivo como assistentes litisconsorciais poderão propor ações individuais; não na hipótese contrária. [...] (MAZZILLI, 2006, p. 422)

Percebe-se que o Código de Defesa do Consumidor consagra a coisa julgada *secundum eventum probationis* para ações coletivas que versam sobre direitos difusos ou coletivos *Stricto sensu*. Apenas se forma coisa julgada caso a demanda seja julgada procedente ou improcedente por insuficiência de provas e nos casos de improcedência da ação fundamentada no art. 267 do Código de Processo Civil.

Se a decisão no processo coletivo julgar improcedente a demanda por insuficiência de provas não fará coisa julgada. Referida insuficiência de provas deve constar ou defluir da decisão, sendo este o parâmetro decisivo para viabilizar-se a propositura da mesma demanda, calcada em nova prova. Esse é o teor do disposto no inc. II, do art. 103, do Código de Defesa do Consumidor.

Ainda, o Código de Defesa do Consumidor atendendo às garantias individuais, dita que, não serão prejudicadas as ações individuais em razão do insucesso da ação coletiva, sem a anuência do indivíduo. Ocorre a extensão *secundum eventum litis* da coisa julgada coletiva ao plano individual. Assim, as sentenças apenas terão estabilizadas suas eficácias com relação ao substituídos quando forem de procedência nas ações coletivas, ou seja, a improcedência de uma ação coletiva poderia ser estabilizada pela coisa julgada material apenas no âmbito da tutela coletiva sem repercutir na tutela individual.

Por sua vez, Velloso *apud* Teixeira (1993, p. 96) não admite a extensão da coisa julgada *secundum eventum litis*, tende pela extensão *erga omnes* da eficácia da sentença, tendo em vista a segurança jurídica e o risco de exposição infinita do réu em ações coletivas inclusive na improcedência.

No direito brasileiro, a extensão da coisa julgada será *secundum eventum litis*, porém, a extensão subjetiva do julgado em ações coletivas ocorrerá em direta relação com a amplitude do direito posto em causa.

Quando se tratar de direito difuso, a extensão será *erga omnes* para atingir a massa indeterminada de sujeitos. Por sua vez, sendo o direito coletivo *Stricto sensu*, a extensão será *ultra partes*, atingindo a todos os membros da categoria, classe ou grupo identificáveis em razão da relação jurídica-base entre si ou com a contraparte anterior à lesão.

Ainda, se tais direitos forem individuais homogêneos, a extensão será *erga omnes*, atingindo a todos aqueles que comprovarem a lesão do direito debatido em juízo. Ressalta-se mais uma vez que, os direitos difusos e coletivos discutidos na causa serão atingidos pela imutabilidade da coisa julgada, mas as ações e direitos individuais dos substituídos não serão prejudicados.

Imperioso mencionar o artigo art. 103, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, a ampliação *ope legis* do objeto do processo nas ações coletivas, de modo a autorizar o transporte *in utilibus* da coisa julgada para as demandas individuais.

Em suma, o regime para a defesa de interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, ou seja, para a propositura das demandas coletivas, abarcados todas as mencionadas, Ação Civil Pública, ação popular e mandado de segurança coletivo, deve reger-se pelo art. 103, Código de Defesa do Consumidor, que o fez de acordo com a natureza do interesse objetivado, da seguinte forma:

No caso dos direitos difusos aplica-se o artigo 103, I, do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual a sentença fará coisa julgada *erga omnes*, mesmo em caso de julgamento de improcedência do pedido. Excetua expressamente quando o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, permitindo a qualquer legitimado intentar nova demanda, com o mesmo fundamento, desde que se utilizando de outras provas.

Quando se tratar de ação coletiva onde se pleiteia a tutela de interesses coletivos *Stricto sensu*, preconiza o artigo 103, II, do Código de Defesa do Consumidor, que a sentença faz coisa julgada *ultra pars*, ou seja, limita-se ao grupo, categoria ou classe. Também, faz exceção quando houver improcedência do pedido, também por insuficiência de provas.

Imperioso destacar a ressalva do §1.º do artigo 103, sobre os interesses individuais, em hipótese alguma a coisa julgada prejudicará interesses individuais diferenciados.

No que tange aos interesses individuais homogêneos o artigo 103, III, do Código de Defesa do Consumidor, determinando a incidência da coisa julgada *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido como forma de beneficiar as vítimas⁴⁴.

Cumprido ressalta-se ainda outro posicionamento, defendido por Bellinetti, que entende que a coisa julgada nas ações coletivas deve ser pensada da mesma forma que nas ações individuais:

[...] não há razão para se pensar a coisa julgada de modo diverso do que ocorre em relação às demandas de interesses individuais. Significa dizer que pela concepção normativa de relação jurídica a coisa julgada material incide em relação às partes, tal qual acontece nas ações individuais, nos termos do artigo 472 do Código de Processo Civil. (BELLINETTI, 2010, p. 7375)

⁴⁴ Para beneficiar-se da coisa julgada formada em ação coletiva, o autor da ação individual deverá requerer suspensão, caso em que ocorrerá extensão *in utilibus*, isto é se houver procedência. Havendo improcedência, os lesados individuais que não intervieram no processo coletivo como assistentes litisconsorciais poderão propor ações individuais, caso contrário não.

Ainda de acordo com o doutrinador Bellinetti:

[...] julgamento de procedência de uma demanda judicial na qual se pleiteia a tutela de interesses difusos, coletivos *Stricto sensu* ou individuais homogêneos, quando transitado em julgado entre as partes, torna a situação jurídica indiscutível para o réu que, em virtude da autoridade da coisa julgada e da indivisibilidade do interesse, se vê inviabilizado de renovar a controvérsia, mesmo em face de terceiros que se beneficiem da eficácia natural da sentença. Por outro lado, não se pode admitir que o julgamento de improcedência de uma determinada demanda judicial, inclusive de cunho coletivo, possa prejudicar, com força de coisa julgada, os interesses de quem não tenha efetivamente participado da relação jurídica processual. (BELLINETTI, 2010, p. 7375)

Conforme o acima exposto, pautando-se estrutura da relação jurídica adotada por Kelsen⁴⁵, para Bellinetti os efeitos subjetivos da coisa julgada se estendem a quem é imputado o dever jurídico, imposto pela norma, ou seja, o réu da ação.

Como consequência, o sujeito passivo da relação jurídica processual vincula-se ao comando sentencial de forma definitiva, por força da autoridade da coisa julgada material. Haverá assim, um impedimento lógico para que ele volte a discutir a mesma matéria em outro feito, de tal forma que todos os demais titulares daquele mesmo interesse em juízo terão o mesmo benefício com da sentença proferida.

Contudo, o regramento da coisa julgada coletiva, para grande parte da doutrina, está satisfatoriamente regulado no Código do Consumidor que assume caráter de norma geral, porém, é importante observar que se o interesse coletivo tutelado possuir legislação específica, esta deve ser consultada antes do microsistema coletivo.

No caso da Lei 7.913/89, nada menciona a respeito da coisa julgada. Entretanto, prevê em seu artigo 3º a aplicação da Lei 7.347/85, que por sua vez orienta-se pelo regramento do Código de Defesa do Consumidor.

Considerando que os interesses por ela tutelados são coletivos *Stricto sensu*, e direito individual homogêneo, ter-se-ia para o primeiro caso, coisa julgada, cuja extensão será *ultra partes*, afetará a todos os membros da categoria

⁴⁵ Segundo o autor, o conteúdo das normas jurídicas é formado por condutas, ações ou omissões e não propriamente pelos indivíduos, de forma que relação jurídica formaliza-se entre o ordenamento e o indivíduo, ou seja, de acordo com o indicado pela norma 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.*” (KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 185.)

independentemente da procedência ou não da sentença, excepcionando a coisa julgada apenas se a sentença for de improcedência por falta de provas, salvo para os lesados individuais que tenham intervindo na ação coletiva.

Quanto ao direito individual homogêneo a extensão será *erga omnes*, atinge a todos aqueles que comprovarem a lesão do direito debatido em juízo quando a sentença for procedente, inexistindo coisa julgada, quando a sentença for de improcedência por qualquer que seja o motivo, salvo é claro para os lesados individuais que tenham intervindo na ação coletiva.

4.1.6 Liquidação e Execução da Sentença Coletiva e a Lei 7.913/89

Antes de comentar a liquidação e a execução da sentença na Lei 7.913/89, far-se-á uma breve explanação de como funcionam tais institutos nos processos coletivos em geral.

Cumprido deixar claro que os procedimentos processuais e alguns conceitos adotados, conforme se tem observado, e também será visto no presente tópico, são os descritos na Lei 8.078/1990 e na Lei 7.347/1985, que como já dito formam um microssistema do direito coletivo brasileiro. Contudo, isso não implica em reconhecer que a relação afeta a aplicação das normas de direito material do Código de Defesa do Consumidor.

Muito pelo contrário, os investidores no mercado de valores mobiliários não são considerados pelo Código de Proteção ao Consumidor como consumidores em relação às instituições ou empresas que acolhem os investimentos em suas ações, estando essa relação jurídica submetida à legislação própria, conforme temos aqui constatado.

Quanto ao processo de execução de sentença coletiva, que defende interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo, não tem apenas o objetivo de satisfação do direito do credor, com o cumprimento da obrigação constante no título. Ao contrário, tem o objetivo de satisfazer o interesse em sua dimensão coletiva. Essa é a razão pela qual os elaboradores do Código de Defesa do Consumidor perceberam que a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil seria insuficiente para resolver as particularidades da execução de uma sentença coletiva, para defesa de interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo.

Optaram, então, pela aplicação do art. 90 do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe sobre a aplicação supletiva do Código de Processo Civil e, também, da Lei 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública:

Art. 90 - Aplicam-se às ações previstas neste Título as normas do Código de Processo Civil e da Lei nº 7.347, de 24 de junho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições.

Sem prejuízo da aplicação supletiva do CPC, os elaboradores do CDC criaram um sistema próprio para a execução do julgado nas ações coletivas, para que fosse possível o cumprimento da finalidade estabelecida do art. 6º, inciso VI, do CDC, ou seja, a efetiva reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.⁴⁶

Para dar início ao procedimento de liquidação, as vítimas e seus sucessores devem proceder à habilitação⁴⁷, cujo objetivo é transformar os prejuízos globalmente previstos no art. 95 em indenizações pelos danos individualmente sofridos, a teor do que dispõe o art. 97 do CDC:

Art. 97 - A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores [...].
Por isso, o prazo de um ano, previsto no art. 100 do Código para que se possa proceder à eventual apuração da *fluid recovery* (v. comentário nº 1 ao art. 100), não pode ser confundido com o prazo **preclusivo** para a habilitação.

Trata-se, portanto, de liquidação e execução individual de sentença coletiva, com verdadeira legitimação ordinária, em que cada um dos legitimados levará ao juízo, em nome próprio, as pretensões ainda indeterminadas, nos limites do que ficou determinado na sentença.

No que se refere ao prazo para habilitação para liquidação individual da sentença coletiva, a lei nada esclarece. Grinover diz tratar-se de prazo preclusivo, que não pode ser confundido com o prazo de um ano do art. 100 do CDC:

⁴⁶ Art. 6º - São direitos básicos do consumidor:

VI – a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos.

⁴⁷ “O termo “habilitação” é utilizado pelo próprio CDC no art. 100.

Por isso, o prazo de um ano, previsto no art. 100 do Código para que se possa proceder à eventual apuração da *fluid recovery* (v. comentário n.1 do art.100), não pode ser confundido com o prazo preclusivo para a habilitação. (GRINOVER, 2007, p. 906-907).

Zavascki (2006, p. 202) assevera que o prazo para habilitação é de um ano e que é decadencial, pois “ultrapassado esse prazo, o direito de executar se transfere aos legitimados como representantes do Fundo, [...] sob pena de incorrer na dupla execução do mesmo crédito.”No mesmo sentido preleciona (NERY JUNIOR, 2006, p. 374-376).

Já, Mazzilli (2000, p. 161) e Grinover (2007, p. 906-907) entendem que as partes prejudicadas podem promover a liquidação individual da condenação depois de decorrido o prazo de um ano para habilitação, pois caberia ao direito material fixar o prazo prescricional para exercício da pretensão individualizada à reparação.

Sobre o foro e juízo competente para liquidação da sentença coletiva, extrai-se o ensinamento dos autores do anteprojeto que elaboram o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado. Grinover (2007, p. 909) preleciona que a técnica de determinação da competência deve ser feita do geral para o específico, ou seja, fixando-se, primeiramente, a competência de foro, para então fixar a competência de juízo, que é a atribuição da competência a um entre os diversos juízes em exercício no mesmo órgão jurisdicional.

A liquidação da sentença coletiva é preparatória da futura execução e destinada a complementar o comando da sentença condenatória. Ademais, será sempre feita a *título individual*, promovida pelo prejudicado ou pelos entes e pessoas que podem representá-lo em juízo.

Diante da nova estrutura apresentada pela Lei 11.232/2005, a liquidação e a execução serão feitas no juízo da ação condenatória, nos mesmos autos.

Autores do anteprojeto do CDC prelecionam sobre o art. 101, inciso I do CDC, que dispõe sobre a competência do domicílio do autor para julgamento da ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços (ação individual):

Art. 101 - Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste Título, serão observadas as seguintes normas:

I - a ação pode ser proposta no domicílio do autor;

Com efeito, os doutrinadores defendem que referido artigo deve ser aplicado analogicamente à fase de liquidação de sentença coletiva e, interpretado conjuntamente com o §2º, inciso I do art. 98 do mesmo diploma legal, que dispõe que o *juízo* competente para execução coletiva:

Art. 98. *Omissis*

§ 2º - É competente para a execução o Juízo:

I - da liquidação da sentença ou da ação condenatória, no caso de execução individual;

II - da ação condenatória, quando coletiva a execução.

No mesmo sentido, preleciona Mancuso (2001, p. 185) e exemplifica:

Exemplificando, uma sentença condenatória proferida em ação coletiva em São Paulo poderá ser liquidada e executada no Distrito Federal ou no longínquo Amapá, a título individual, se nessas localidades for domiciliado o autor-liquidante. O veto presidencial ao art. 97, parágrafo único, do CDC não afastará tal entendimento, por força da aplicação analógica do inciso I do art. 101, já que individualmente esse seria o tratamento.

Assim sendo, a regra da propositura da ação individual no foro do domicílio do autor é aplicável na fase da liquidação de sentença coletiva, porquanto dita liquidação será feita individualmente, aplicando-se, conseqüentemente, a regra de competência delimitada no art. 101, inciso I do CDC. Quanto ao juízo competente, este será de escolha do consumidor, quer seja da liquidação ou da ação condenatória, a teor do disposto no inciso I do art. 98 do CDC.

A regra do procedimento para liquidação de sentença coletiva que cuida de direitos individuais homogêneos é a da liquidação por artigos, nos termos dos artigos 475-E⁴⁸ e do Código do Processo Civil, para posterior execução do julgado.

Mancuso (2001, p. 182) afirma que, para tanto, as vítimas ou seus sucessores devem apresentar petição com os “fatos novos”, narrando o dano pessoal efetivamente sofrido, o nexo de causalidade e o montante a ser indenizado.

⁴⁸ 475-E Far-se-á a liquidação por artigos, quando, para determinar o valor da condenação, houver necessidade de alegar e provar fato novo.

Nessa fase, não se aplica a responsabilidade civil objetiva adotada pelo Código de Defesa do Consumidor, pois os consumidores individualmente lesados, ao buscarem o ressarcimento devido, deverão efetivamente comprovar o “fato novo”, qual seja: o *an debeatur* (o dano pessoal, e o nexo de causalidade) e o *quantum debeatur* (o montante a ser indenizado).

Nesse caso, os individualmente lesados deverão comprovar que consumiram o produto, o dano e a sua extensão, ou seja, o tratamento, o custo, as sequelas mesmo após o tratamento, etc. Em atenção ao Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, deve ser oportunizado às partes o contraditório pleno e a cognição exauriente para comprovação do “fato novo” (*an e quantum debeatur*), procedendo-se à citação do réu para oferecer resposta, conforme disposto no parágrafo único do art. 475-N do CPC⁴⁹, que poderá questionar o valor, se entender excessivo para o caso concreto.

Ao final da liquidação, o juiz proferirá decisão, fixando as indenizações individuais, que se sujeitarão ao recurso de agravo de instrumento, nos termos do art. 475-H do CPC⁵⁰. A decisão judicial da liquidação integrará e complementarará o título executivo judicial derivado das ações coletivas em defesa do consumidor, sendo, então, expedida certidão que valerá como título de legitimação, identificando os exequentes. Isso ocorre de modo análogo em outros procedimentos jurisdicionais, como a certidão de partilha que é título executório do inventário, a sentença de habilitação do art. 1062 do CPC, ou mesmo as ações individuais “de cumprimento” na Justiça do Trabalho (art. 872, CLT).

Essa é a principal diferença entre a liquidação de sentença individual e a liquidação de sentença coletiva, pois nesta última os exequentes somente são identificados no final do procedimento, com a exibição das certidões relativas às sentenças de liquidação, nos termos do art. 98, § 1º:

Art. 98 - A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o Art. 82, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiverem sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções.

⁴⁹ Art. 475-E, Far-se-á a liquidação por artigos, quando, para determinar o valor da condenação, houver necessidade de alegar e provar fato novo.

⁵⁰ Art. 475-H. Da decisão de liquidação caberá agravo de instrumento. Entretanto, a doutrina defende que o recurso cabível é o de apelação, pois fazem referência o artigo 520, inciso III do CPC, o qual já foi revogado pela Lei 11.232/2005 que inseriu o art. 475-H. Nesse sentido, MAZZILLI, Op. Cit. p. 151; MANCUSO, Op. Cit. p. 183 e 188.

§ 1º - A execução coletiva far-se-á com base em certidão das sentenças de liquidação, da qual deverá constar a ocorrência ou não do trânsito em julgado.

Com efeito, nas sentenças em que se reconhecem direitos individuais, somente se discute o *quantum debeatur* porque o exequente coincide com o vencedor da ação de conhecimento ou com o beneficiário indicado no título extrajudicial; já nas sentenças em que se reconhecem direitos coletivos caberá ao liquidante comprovar que sofreu o dano, demonstrando o nexo de causalidade entre a condenação genérica da sentença e a sua posição jurídica individual, além do *quantum* a ser indenizado. Ao final ser-lhe-á entregue certidão que o legitimará a executar o julgado. Cumpre ressaltar que são cabíveis honorários de sucumbência na decisão da liquidação da sentença, inclusive nas execuções contra a Fazenda Pública (STJ, EResp. 475566, 2005).

Existe uma exceção à regra da liquidação por artigos, exposta por NERY JUNIOR (2006, p. 373): é o caso da sentença proferida com exata precisão do valor devido a cada um dos lesados individualmente considerados, cuja apuração do *quantum* se daria por mero cálculo aritmético. Nesse caso, para o autor não haveria a possibilidade de liquidação de sentença, procedendo-se imediatamente a sua execução, nos termos do art. 475-B, do CPC.⁵¹

Quanto à execução da sentença, no caso da execução individual, ocorre quando o próprio prejudicado a promove (legitimado ordinário). Em outras palavras, proferida decisão com a definição do dano efetivamente sofrido pelo consumidor, cabe a este promover a execução individual da sentença liquidada, cujo procedimento adotado será o que for adequado e compatível com a natureza da prestação devida.

O art. 98 do CDC dispõe ainda sobre que a execução individual da sentença coletiva será realizada com base nas certidões de trânsito em julgado do processo de liquidação.

O foro competente para processar e julgar a execução será o foro do juízo da liquidação da sentença ou da ação condenatória, conforme ensinamentos de MAZZILLI (2006, p. 154).

⁵¹ Art. 475-B. Quando a determinação do valor da condenação depender apenas do cálculo aritmético, o credor requererá o cumprimento da sentença, na forma do art. 475-J desta Lei, instruindo o pedido com a memória discriminada e atualizada do cálculo.

No que tange à execução coletiva, se o interesse tutelado é difuso, a execução se instaura nessas dimensões coletivas, beneficiando a sociedade como um todo. Da mesma forma, se o interesse tutelado era coletivo “*Stricto sensu*”, a execução se instaura igualmente em dimensões coletivas, beneficiando o grupo, categoria ou classe concernente.

Por outro lado, se o interesse tutelado pela sentença for individual homogêneo, a sentença de condenação será genérica, fazendo com que os interesses que se julguem beneficiados por esse julgado se habitem na fase de liquidação prevista nos arts. 97 e seguintes do CDC.

Ultrapassado o prazo de 1 (um) ano sem nenhuma habilitação das vítimas ou seus sucessores, ou ainda, sem que tenha havido habilitação em número expressivo em relação à extensão do dano, o art. 97 traz a legitimidade dos entes e pessoas do art. 82 do CDC⁵², que poderão promover sua habilitação para proceder à liquidação e execução coletiva de sentença, nos seguintes termos:

Art. 97 - A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas [...] pelos legitimados de que trata o Art. 82.

Zavascki (2006, p. 200 e 225) e Grinover (2006, p. 907) dispõem que se trata de representação processual, na medida em que o Ministério Público, os entes federativos, as entidades e órgãos da Administração Pública direta ou indireta e as associações legalmente constituídas há mais de um ano necessitam de expressa autorização das vítimas e de seus sucessores. Por tal razão, afirmam que tais entes e pessoas não agem em nome próprio, mas em nome das vítimas ou dos sucessores das vítimas:

É o caso de representação processual, agindo os legitimados do art. 82 em nome das vítimas ou sucessores para liquidação e execução de sentença individualizada (GRINOVER, 2007, p. 907).

⁵² Art. 82 – Para os fins do Art 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I – Ministério Público.

II – A União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal.

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

IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos 1 (um) ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear.

Art. 100 - Decorrido o prazo de 1 (um) ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do Art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.

Por sua vez, Mancuso (2001, p. 189) assevera tratar-se de legitimação anômala, pois os legitimados do art. 82 agem em nome dos titulares do direito em debate e Mazzilli (2006, p. 143-145) afirma tratar-se de substituição processual. Em qualquer caso, entretanto, a doutrina é assente ao afirmar que a liquidação não poder ser requerida pelo sujeito cuja responsabilidade foi reconhecida na sentença.

Grinover (2006, p. 907) que traz ensinamentos de Watanabe, Dinamarco e Mazzilli (2006, p. 144) afirmam que o Ministério Público não tem legitimidade *ad causam*, por não apresentar capacidade postulatória. Com efeito, prelecionam que as sentenças de ações coletivas versam sobre direitos individuais disponíveis, o que refoge das funções constitucionais do Ministério Público, a teor do que dispõe o art. 127 da Constituição Federal.⁵³

Para que se proceda a execução coletiva, necessário se faz que a publicação da sentença tenha transcorrido um ano e que não tenha havido nenhuma habilitação dos interessados (vítimas ou sucessores) ou que tenha ocorrido habilitações em número incompatível com a gravidade do dano. Essa última hipótese apresenta conceito jurídico indeterminado e autoriza o juiz a decidir pela análise do caso concreto. Normalmente, isso ocorre quando a lesão é de pequeno valor em relação a cada um dos lesados, mas de valor total significativo, quando considerado o número de pessoas atingidas pela lesão.

Assim, para que os legitimados do art. 82 possam proceder à execução coletiva da sentença condenatória genérica, necessário se faz a presença de dois requisitos, a teor do que dispõe o art. 100 do CDC:

Art. 100 – Decorrido o prazo de 1 (um) ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do Art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.

⁵³ **Art 127** O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Atualmente, ante a dificuldade de se localizar os credores ou de demonstrar a sua relação com o fato ou ato causador do dano, a liquidação e a execução coletiva tem grande importância.

Em que pese, os procedimentos acima mencionados, com relação à liquidação e a execução de sentença nas ações coletivas, que versam sobre direito difusos e coletivos, surge um grande problema na hora de repartir o produto da indenização entre os lesados. Uma das alternativas encontradas pelo legislador foi a criação de um Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, previsto nos artigos 13 e 20 da Lei 7.357/85, que deu origem ao *fluid recovery*.

Mancuso (2001, p. 189) conceitua o *fluid recovery* ou a “indenização fluída” como “o resíduo pecuniário pelo qual não se interessam os consumidores individuais.” Seu objetivo é tutelar o interesse público, adequando-se aos preceitos constitucionais, o que confirma seu caráter punitivo e educativo, além de servir de exemplo capaz de influenciar e orientar políticas públicas.

O *fluid recovery* (reparação fluída) tem origem nas *class actions* norte-americanas para fins diversos dos ressarcitórios, mas conexos com os interesses da coletividade como, por exemplo, para fins gerais da tutela dos consumidores ou do meio ambiente. O *fluid recovery* está previsto no parágrafo único do artigo 100 do CDC: *O produto da indenização devida reverterá para o Fundo criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.*

Vale destacar, que para fixação do *fluid recovery* o juiz deve ter cautela com a quantidade de pessoas que eventualmente venham a se habilitar para pleitear a indenização pelos danos sofridos, e ainda observar a gravidade dos danos ocasionados.

Imperioso ressaltar, que os recursos destinados ao Fundo de Reserva dos Direitos Difusos (FDD) tem destinação definida pelo § 3º, do artigo 1º da Lei 9.008/95:

Os recursos arrecadados pelo FDD serão aplicados na recuperação de bens, na promoção de eventos educativos, científicos e na edição de material informativo especificamente relacionados com a natureza da infração ou do dano causado, bem como na modernização administrativa dos órgãos públicos responsáveis pela execução das políticas relativas às áreas mencionadas no § 1º deste artigo.

Mister salientar, que promovida a indenização com base no artigo 100 do CDC, e uma vez destinados os valores para o FDD, e havendo a concorrência de indenizações individuais, do valor recolhido dever-se-á deduzir o que vem a ser pago aos credores individuais. Lembrando que conforme observados acima o valor destinado a cada indivíduo somente é apurado com a liquidação da decisão.

Quanto a Lei 7.913/89, preconiza o artigo Art. 2º:

As importâncias decorrentes da condenação, na ação de que trata esta Lei, reverterão aos investidores lesados, na proporção de seu prejuízo.

§ 1º As importâncias a que se refere este artigo ficarão depositadas em conta remunerada, à disposição do juízo, até que o investidor, convocado mediante edital, habilite-se ao recebimento da parcela que lhe couber.

§ 2º Decairá do direito à habilitação o investidor que não o exercer no prazo de 2 (dois) anos, contado da data da publicação do edital a que alude o parágrafo anterior, devendo a quantia correspondente ser recolhida como receita da União.

Conforme já observado o Brasil adota o sistema bifurcado para liquidação da sentença coletiva por força dos artigos 95 e 98 do Código de Defesa do Consumidor, ou seja, apresenta dois estágios: de declaração genérica de responsabilidade e condenação ao pagamento dos danos individualizados ao qual não se observa.

Zaclis sustenta que:

Na realidade, a Lei 7.913/1989 baseia-se no modelo da *public action* e, por isso, se preocupa muito mais com o caráter repressivo do que com o indenizatório propriamente dito. Assim sendo, preferiu o sistema consistente em condenação em valor global, originando um fundo, ao qual se devem habilitar os investidores, que, de resto, é o sistema que prevalece na típica *class action* estadunidense. Nesse contexto, a possibilidade de 'pagamento proporcional' é plenamente possível, na hipótese de a soma dos créditos dos investidores superar o valor total do aludido fundo. (ZACLIS, 2007, p. 175)

Zaclis (2007, p. 174-177) mostra-se contrário à aplicação de tal sistema bifurcado e defende a aplicação de um método unificado com a prolação de uma sentença condenatória específica com o objetivo mais repressivo que indenizatório. Sugere que nos casos em que a quantidade de integrantes da classe

for grande ou em que haja alterações constantes na participação dos membros seja utilizado o mecanismo do *Fluid Recovery*.

A execução da sentença apresenta-se como uma das fases processuais mais complexas se procedente uma ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários.

Primeiro, porque necessita da realização da apuração dos danos sofridos individualmente, sendo difícil aferir o prejuízo causado já que se trata de um mercado que por sua própria natureza altera-se a cada constantemente. Isso se torna difícil apurar com precisão qual o valor que cada investidor deixou de ganhar ao comprar ou vender ações quando por exemplo motivado por informação que, posteriormente se descobriu ter sido manipulada.

Depois, o prazo de dois anos para que o investidor habilite-se na ação coletiva para reaver seus prejuízos (art. 2.º, § 2.º, da Lei 7.913/1989), que deverá ser iniciado da publicação dos editais de convocação, após o trânsito em julgado da sentença que julgar procedente a ação civil pública.

Em caso de ausência de habilitação individual, pode-se aplicar a regra do art. 98 da Lei 8.078/1990 que autoriza a execução coletiva a ser feita pelo legitimado ativo, uma vez que a própria Lei 7.913/89 permite.

Mesmo assim, se não houver exercício do titular do direito individual, os valores apurados e depositados, não deverão ser destinados como "receita da União", tal como previsto no art. 2.º, § 2.º, da Lei 8.078/1990, mas em razão do disposto no art. 2.º, IV, do Dec. 1.306/94 deverão ser destinados ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, aplicando-se então o *Fluid Recovery*⁵⁴.

Assim, se aplicado tal instituto para execução da sentença, no caso da Lei 7.913/89, haverá liquidação para apuração global do dano efetivamente causado, e uma vez ultrapassado o prazo estipulado no artigo 2º, § 2º, da Lei 7.913/89, seja na lesão de direito coletivo, ou individual homogêneo, o montante obtido com a liquidação e execução da reparação fluída será destinada ao FDD, cujo destino será determinado pelo Conselho Gestor para aplicação na defesa dos interesses daqueles que foram lesados.

⁵⁴ Na pesquisa jurisprudencial realizada não foi encontrada decisão judicial, onde tenha ocorrido a fase de apuração de valores individualmente.

4.1.7 Panorama Jurisprudencial

Inobstante a importância da Lei, conforme observado alhures, sua utilização não é expressiva.

Os parâmetros utilizados para pesquisa foram o seguinte:

Os termos utilizados, foram “Lei 7.913/89”, e “mercado de valores mobiliários”. A pesquisa foi realizada tomando como parâmetro os últimos dez anos, ou seja, desde 2002.

Procurou-se jurisprudência no STJ, nos Tribunais Regionais Federais e nos Tribunais de Justiça, de todos os estados membros, poucas ações foram encontradas, maioria delas propostas nas regiões sudeste e sul.⁵⁵

Das ações civis encontradas, com fulcro na Lei 7.913/89, a maior parte foi proposta perante a Justiça Federal.

No exame da jurisprudência é evidente a dispersão jurisprudencial sobre a defesa dos direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público, mostrando-se de rigor a intervenção do Superior Tribunal de Justiça para a solução acerca da celeuma, mediante sua natural vocação constitucional uniformizadora.

Observa tal fato em recente decisão publicada em seis de maio de dois mil e onze, pelo Tribunal Regional Federal da Terceira Região, proferida pelo Desembargador Federal Márcio Morais:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANOS EVENTUAIS SOFRIDOS PELO MERCADO DE VALORES IMOBILIÁRIOS. PLEITO INDENIZATÓRIO. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ART. 1º, I, DA LEI N. 7.913/1989. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO E FISCAL DOS RÉUS. INDISPONIBILIDADE DE ATIVOS FINANCEIROS E BENS IMÓVEIS. ARRESTO DE AÇÕES E VALORES MOBILIÁRIOS. MEDIDAS EXTREMAS. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE DILAPIDAÇÃO OU DISSIMULAÇÃO DO PATRIMÔNIO. AGRAVO PROVIDO⁵⁶.

⁵⁵ Além, de pesquisa feita diretamente no site dos Tribunais, foi utilizado o programa da Revista dos Tribunais OnLine, como usuário, através do site www.revistadostribunais.com.br.

⁵⁶ Cuida-se de agravo de instrumento tirado de decisão liminar, proferida em sede de ação civil pública proposta pelo Ministério Público Federal, que determinou: a) a quebra dos sigilos bancário e fiscal dos réus; b) a indisponibilidade de seus bens imóveis; c) o arresto de todas as ações e demais valores mobiliários pertencentes aos réus. A ação civil pública visa a reparar alegados prejuízos que teriam sido sofridos pelo Mercado de Valores Mobiliários, em razão, principalmente, da ausência, nas notas explicativas das demonstrações financeiras da empresa Lojas Arapuã S/A, de operações de transferência de obrigações realizadas pela empresa. O art. 1º, I, da Lei n. 7.913/1989 confere legitimidade ao Ministério Público para propor as medidas judiciais necessárias a evitar prejuízos aos titulares de valores mobiliários. Quanto à quebra dos sigilos bancário e fiscal

No mesmo sentido, foi a decisão proferida no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. OFERTA PÚBLICA DE COMPRA DE AÇÕES DAS LOJAS RENNER S/A. POSTERIOR PUBLICAÇÃO DE NOVA OFERTA DE COMPRAS, POR VALOR EXPRESSIVAMENTE MAIOR. PRÁTICA NÃO EQUITATIVA. MANIPULAÇÃO DE PREÇOS. PREJUÍZO DOS ACIONISTAS MINORITÁRIOS. TEMOR DA OCORRÊNCIA DO DENOMINADO 'FECHAMENTO BRANCO'. REPARAÇÃO DE DANOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA RÉ SUCESSORA. PRESCRIÇÃO OCORRENTE.

1. A legitimidade ativa do Ministério Público decorre do art. 1º, I, da Lei 7.913/89, sendo que a questão de fundo afeta o interesse público. Além disso, há de se prestigiar a solução coletiva de litígios de massa, evitando-se, quando possível, a desnecessária propositura de centenas (às vezes, milhares) de ações idênticas, com dispêndio de energia, risco de decisões contraditórias e desnecessária sobrecarga ao já combatido Poder Judiciário.
2. A legitimidade passiva da ré, sucessora, é evidente, ainda que tenha firmado protocolo de cisão com a sucedida, sem que disso resultasse incremento de seu capital social. Caso responsabilizada pelo ato da sucedida, caber-lhe-á, se for o caso, a via regressiva.
3. Todavia, a prescrição deve ser acolhida, pois a pretensão esposada na inicial é claramente de reparação civil, incidindo, portanto, o prazo trienal previsto no art. 206, § 3º, inciso V, do CPC, já decorrido quando do ajuizamento da ação.
4. Prejudicado, assim, o exame do mérito

dos agravantes, tanto o pedido formulado pelo Ministério Público Federal na ação civil pública, quanto a decisão agravada, estão desprovidos de fundamentação sólida e razoável, o que por si só é suficiente para invalidar tanto a pretensão ministerial, quanto o decisum atacado. É de se supor que tais medidas tenham sido determinadas para que a parte autora possa vir a conhecer o volume patrimonial dos agravantes e, assim, resguardar a eficácia indenizatória de eventual futura sentença de procedência da ação civil pública. No entanto, essa intenção primordial banaliza maximamente o sigilo resguardado pela Constituição Federal no seu artigo 5º, a ponto de permitir a sua quebra indiscriminada, não para apuração de prática criminosa mediante regular processo anteriormente instaurado ou nos casos prescritos em lei, mas no mero interesse de comodidade da parte autora. A medida de bloqueio das contas correntes equivale a uma penhora de numerário sem a pré-existência de qualquer título judicial ou extrajudicial, o que não se pode admitir. Ademais, a medida extremada vai contra os próprios interesses da parte autora, que certamente pretende que a empresa ré e as pessoas físicas agravantes permaneçam inteiramente solváveis até o julgamento final da ação para que possam responder pela eventual indenização imposta. Impedir a movimentação das contas correntes e dos ativos financeiros equivale a reduzir a possibilidade de manutenção dos recorrentes e de sua família. Não se verifica nos autos qualquer prova concreta ou mesmo indiciária de que os agravantes pretendam dilapidar ou dissimular seu patrimônio, ou qualquer outra circunstância apta a autorizar as medidas pretendidas, como, por exemplo, a escassez de bens dos agentes responsáveis. Pelos mesmos fundamentos também não se justificam a indisponibilidade dos bens imóveis e o arresto de todas as ações e demais valores mobiliários. A decisão ora proferida não impossibilita a futura adoção, pelo Juízo a quo, da medida liminar que ora se suspende - já que possível seu deferimento em qualquer fase do processo -, na hipótese de futuramente vir a se constatar, por meio de provas concretas, o preenchimento dos requisitos necessários à constrição dos bens dos réus, mormente a existência de atitudes dissipadoras do patrimônio, atendido sempre o princípio da razoabilidade e proporcionalidade. Agravo de instrumento provido. Agravo regimental prejudicado. Decisão: 28/04/2011 Publicação: 06/05/2011 e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/05/2011 PÁGINA: 690 .FONTE_REPUBLICACAO:TRF 3ª REGIÃO – TERCEIRA TURMA. DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES- Disponível em <http://www.trf.jus.br>: acesso em junho de 2012.

propriamente dito. (Apelação Cível- Nº 70029771839- Décima Nona Câmara Cível- DES. EUGÊNIO FACCHINI NETO)⁵⁷

⁵⁷ Parte do voto que decide sobre a legitimidade do Ministério Público: [...] **LEGITIMIDADE ATIVA:** No recurso esgrimido, o Ministério Público destaca que o caso versa sobre *prática não equitativa no mercado mobiliário*, o que ofende não apenas o interesse dos acionistas minoritários prejudicados, mas também, e principalmente, o interesse público, sendo sua legitimidade decorrente, portanto, do art. 1º, inciso I, da Lei 7.913/89, que assim dispõe:

Art. 1º Sem prejuízo da ação de indenização do prejudicado, o Ministério Público, de ofício ou por solicitação da Comissão de Valores Mobiliários - CVM, adotará as medidas judiciais necessárias para evitar prejuízos ou obter ressarcimento de danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado, especialmente quando decorrerem de:

I - operação fraudulenta, prática não equitativa, manipulação de preços ou criação de condições artificiais de procura, oferta ou preço de valores mobiliários;

E penso que lhe assiste razão.

Embora a ré argumente tratar-se de defesa de direitos patrimoniais individuais e disponíveis de um *'seleto grupo de investidores no mercado de ações'*, o fato é que sua conduta ultrapassa a esfera privada e repercute no mercado financeiro como um todo, sendo dever do órgão ministerial propor as medidas administrativas e judiciais cabíveis, a fim de coibir manobras ilícitas e resguardar o interesse público subjacente. Referida lei federal, aliás, foi promulgada exatamente para tal fim, como se vê de sua ementa: "Dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários."

Assim, percebe-se que o expresso desejo do legislador ordinário foi conferir legitimidade para o Ministério Público para o ajuizamento das medidas cabíveis visando à proteção dos investidores. Dentre tais medidas, já no *caput* do primeiro artigo enumerou o legislador a possibilidade de agir para obter reparação de danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado, de uma forma geral, e especialmente quando decorrentes de práticas não equitativas, como aquela praticada pela J.C. Penney, como sobejamente narrado nos autos.

Prega a defesa da ré que tal dispositivo legal deve ser interpretado em consonância com a constituição, dando-lhe um alcance mais restritivo. Sabidamente existe uma corrente hermenêutica e jurisprudencial que procura restringir a legitimidade ativa do MP para a propositura de ações civis públicas em geral. Este relator, de forma convicta, não integra tal corrente. Parto de uma constatação: o caos do sistema judiciário, independentemente da dedicação e esforço dos magistrados e servidores da justiça. Vivemos em uma sociedade de massa, com conflitos igualmente massificados. Condutas singulares lesam ou afetam centenas, milhares ou centenas de milhares de cidadãos, consumidores, contribuintes, funcionários. Usar o aparato da justiça de forma individual, para enfrentar situações coletivas, significa simplesmente contribuir decisivamente para a manutenção e o aprofundamento do caos. Estou convicto de que a solução para as mazelas do judiciário passa ao largo do simplório aumento de verbas orçamentárias, número de funcionários e de juizes (embora tais medidas, por vezes, realmente sejam igualmente imprescindíveis). Um encaminhamento de solução passa necessariamente pela adoção de tutelas coletivas para problemas coletivos e massificados. Assim, qualquer interpretação das normas sobre legitimidade ativa e sobre remédios processuais adequados deve levar em conta esse aspecto.[...]

No caso em tela, forçar as centenas de acionistas minoritários lesados (há menção a cerca de 600, nos autos) a ingressar individualmente com ações, todos discutindo a mesma situação fática, esgrimindo os mesmos direitos, seria um absoluto *nonsense*. Provavelmente nisso é que pensou o legislador ordinário quando editou tal lei, atribuindo a legitimidade ativa ao Ministério Público.

Referiu o MP, em seus arrazoados, que, dentre os acionistas minoritários lesados, encontravam-se não só membros da elite econômica brasileira, mas também funcionários da própria empresa.

Assim, tenho por evidente a legitimidade ativa do Ministério Público para propor esta demanda.

Consequentemente, provejo, no ponto, o apelo do autor, para o efeito de desconstituir a decisão que extinguiu o feito em razão de uma suposta ilegitimidade ativa ministerial.

No mesmo sentido: TJSP - Ap 15.149.4/9-00 - 9.ª Câmara - j. 3/3/1998 - rel. Franciulli Neto - Área do Direito: Geral. AÇÃO CIVIL PÚBLICA - Propositura pelo Ministério Público visando responsabilizar falida por danos causados a investidores no mercado de valores mobiliários - Legitimidade ad causam - Inteligência da Lei 7.913/89 e art. 1.º, IV e V, da Lei 7.347/85.

Ementa Oficial: Ementa da Redação: Nos termos da Lei 7.913/89 o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública de responsabilidade por danos causados a investidores no mercado de valores mobiliários, pedindo a restituição de depósitos de títulos e valores sob a custódia da falida; ademais, tratando-se de dano patrimonial causado contra o interesse coletivo e infração da ordem

Em que pese, no presente trabalho, ficou claro não existir óbice à legitimidade do Ministério Público, como parte legítima para propor a ação descrita na Lei 7.913/89, há discordância com a tese apresentada pelas jurisprudências que fundamentam tal legitimidade.

Destarte, sobre o assunto, cumpre destacar a justificativa pautada na tese defendida por Kelsen e reafirmada por Bellinetti, qual seja, os detentores da legitimidade serão aqueles previstos pela norma para o implemento da obrigação jurídica (passiva), a legitimidade seja ela ativa, ou mesmo a passiva, será decorrente do próprio ordenamento e terão legitimidade aqueles a quem o ordenamento determinar, sendo, portanto, a legitimidade ordinária.

Considerando que a Lei 7.913/89 apresenta como parte legítima o Ministério Público para propositura da ação, não sendo a lei inconstitucional, conforme demonstrado, e nem contrária aos demais institutos legais, não há que se discutir sobre tal legitimidade.

Ainda, no exame da jurisprudência, assume especial relevo o tema que defende a equiparação de investidores do mercado de valores mobiliários a consumidores.

Nesse sentido, a decisão do STJ⁵⁸, Recurso Especial nº 753.159 – MT (2005./0078949-7), cujo relator foi o Ministro Luis Felipe Salomão:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA EM EMPRESA DE TELEFONIA. EMISSÃO DE AÇÕES TELEBRÁS/TELEMAT. ESCOLHA ARBITRÁRIA. ALEGAÇÃO DE PREJUÍZO AOS COMPRADORES. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA BRASIL TELECOM. PREJUÍZOS QUE, SE EXISTENTES, DECORRERAM DA FLUIDEZ DO MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.
1. "Tratando-se de contrato vinculado ao serviço de telefonia, com cláusula de investimento em ações, não há como deixar de reconhecer a incidência do Código de Defesa do Consumidor" (REsp 470443/RS, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, SEGUNDA SEÇÃO).

Entretanto, a Lei 7.913/89, a seu turno, tem em mira a proteção de investidores do mercado mobiliário, que não deve ser confundido com o mercado financeiro, nem seus investidores comparados a consumidores⁵⁹. O mercado

econômica, tal ação tem respaldo no art. 1.º, IV e V, da Lei 7.347/85. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br>: acesso em junho de 2012.

⁵⁸ Disponível em <http://www.stj.jus.br>: acesso em junho de 2012.

⁵⁹ Além do significado jurídico, o termo 'consumidor' possui também um sentido etimológico, sociológico, econômico, entre outros¹. Quanto à etimologia, verificamos que 'consumir' deriva do latim *consumere*, no sentido de acabar. No sentido sociológico, consumidor pode ser visto, como

financeiro é regido pelas normas editadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil, atuando sob a fiscalização deste. O mercado de capitais está sujeito à disciplina e fiscalização da Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

Quanto as demais ações propostas no âmbito da Justiça Federal, são cinco.

A primeira ação proposta foi:

ADMINISTRATIVO E COMERCIAL- AÇÃO CIVIL PÚBLICA-AUMENTO DE CAPITAL SOCIAL DE SOCIEDADE ANÔNIMA, MEDIANTE SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES- PREÇO DE EMISSÃO- DILUIÇÃO INJUSTIFICADA-DA PARTICIPAÇÃO DOS ANTIGOS ACIONISTAS- ARTIGO 170,§ 1, DA LEI 6.404/1976- LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO – ARTIGO 1º, I DA LEI 7.913/89- ARTIGO 129, III , DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.(APELAÇÃO CÍV. 93.01.04391-2-/DF- Relator Min. HÉRCULES QUASÍMODO- 2ª TURMA DO TRF DA PRIMEIRA REGIÃO)⁶⁰

Observa-se que a Ação Civil Pública foi proposta pelo Ministério Público Federal, contra a Telecomunicações Brasileiras S/A-TELEBRÁS, objetivando a anulação da deliberação tomada na 111 reunião ordinária do Conselho de Administração da ré, realizada em 7 de Junho de 1990, e de todos os atos decorrentes, inclusive subscrição de ações efetuadas a partir da mencionada data e consequente condenação da demandada em obrigação de não efetivar aumento de capital mediante subscrição de ações.

A ação foi julgada procedente, pelo Juízo da 4ª Vara do Distrito Federal, e a sentença foi mantida no Tribunal, para o fim de anular a deliberação do Conselho, conforme mencionado acima.

Uma segunda Ação Civil Pública foi proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, perante a 25ª Vara Federal de São Paulo⁶¹, em face de GALLUS AGROPECUÁRIA S/A, GELSON CAMARGO DOS SANTOS, FRAMEL - ADMINISTRAÇÃO DE BENS S/C LTDA, FERNANDO ADELINO CARON e SÉRGIO

aquele indivíduo pertencente a determinada classe social e que adquire e utiliza bens e serviços. A visão sociológica é importante porque situa o consumidor dentro do contexto social, escapando à frieza de uma análise puramente jurídica, onde certamente restariam iguais os desiguais, o que certamente, causa prejuízos a todos. No sentido econômico, consumidor é aquele que recorre ao fornecedor de bens ou serviços, desempenhando o papel de agente econômico, sendo responsável pelo consumo final destes bens ou serviços, ou seja, visando o atendimento de uma necessidade própria.(LUCCA, 2003, p. 107/118).

⁶⁰ Disponível em Tribunal Regional da Primeira Região < <http://www.trf1.jus.br/> > Acesso em: Junho de 2012.

⁶¹ Autos no. 98.00146822- Disponível em Tribunal Regional da Terceira Região < <http://www.trf1.jus.br/> > Acesso em: Junho de 2012.

CAMARGO DOS SANTOS, com pedido liminar, objetivando a defesa do ordenamento jurídico, em especial dos direitos dos investidores no mercado de valores mobiliários.

Segundo o Ministério Público Federal a primeira requerida, mediante contratos de parceria se comprometeu a "vender e engordar para o parceiro, gado bovino.

Todavia, esclarece o MPF, que a Comissão de Valores Mobiliários (CVM), no exercício de sua competência fiscal instituída pela sobredita medida provisória e constatando a situação alarmante na qual se encontraria a GALLUS AGROPECUÁRIA, baixou a Deliberação CVM nº 245, determinando à empresa, bem como a seus representantes legais, vendedores, empregados ou prepostos, a imediata suspensão de títulos ou contratos de investimento coletivo de emissão da companhia.

Diante desse quadro, ingressou o Parquet Federal com a ação civil pública com o intuito de promover a defesa do consumidor, mormente dos investidores em títulos ou valores mobiliários.

Requeru, ao final: a condenação dos réus, solidariamente, ao ressarcimento de todos os prejuízos sofridos pelos investidores, inclusive lucros cessantes e danos emergentes; a condenação dos réus ao ressarcimento do dano moral, a ser fixado por sentença, revertido ao Fundo Federal de Direitos Difusos; a dissolução da empresa GALLUS, bem como a alienação de todos os bens para efeito de ressarcimento equitativo dos investidores lesados.

A ação distribuída em abril de 1998, teve sentença proferida em 12 de maio de 2010, onde o MM Juízo declarou incompetência absoluta do Juízo para processar julgar o processo e também o processo cautelar (nº 98.0009667-1), justificando que tramita perante o Juízo da 19ª Vara Cível Foro Central de São Paulo a ação nº 583.00.1998.619416-6, que tem por objeto a decretação da falência da ré GALLUS AGROPECUÁRIA S/A, e que seria ele o juízo competente para julgar a ação. Em junho de 2010, foi dada baixa definitiva dos autos.

A terceira ação, autos 2004.61.00.019427-5⁶², proposta primeiramente perante a 26ª Vara Federal do Rio de Janeiro, TRF da segunda

⁶² Disponível em Tribunal Regional da Terceira Região < <http://www.trf1.jus.br/> > Acesso em: Junho de 2012.

região, e posteriormente, redistribuída perante a 5ª Vara Federal de São Paulo- TRF da terceira região.

Trata-se de a ação civil pública ajuizada em face de Cirio Finanziaria S.P.A, Bombril Holding S/A, Sérgio Cragnotti e Cragnotti & Partners Capital Investment Brasil S/A, tendo em vista o descumprimento de Termo de Compromisso firmado junto à CVM em 22/12/2000, requerendo a condenação dos réus a, mediante oferta pública, adquirirem imediatamente e pelo prazo de até um ano a contar da realização da oferta, pelo preço de R\$ 19,50 (dezenove reais e cinquenta centavos) por lote de 1000 (mil) ações, na data 22/12/2000, devidamente corrigido até a data da efetiva aquisição por 106% (cento e seis por cento) do CDI (Certificado de Depósito Interbancário), contados *pro rata die*, as ações dos acionistas minoritários, ainda foi pedido a condenação de todos os Réus a se absterem de praticar qualquer ato que implicasse na prorrogação dos mútuos concedidos pela Bombril S/A, promovendo a recuperação desses créditos tão logo ocorram os vencimentos dos empréstimos e a condenação de todos os réus ao pagamento de danos morais coletivos ,considerando o seu poderio econômico, a fragilidade dos acionistas minoritários, bem como, forma de coibir novas condutas similares.

Os autos encontram-se parados desde 07 de dezembro de 2010, aguardando o julgamento de um agravo regimental, que por sua vez, desde 10 de fevereiro de 2011, encontram-se conclusos com o Relator Marcio Moraes.

A quarta ação, também distribuída em Vara Cível Federal de São Paulo, autos 2004.61.00.015278-5⁶³, que tramitam perante a 15 Vara Cível Federal , foi movida pelo MPF contra uma empresa de auditoria e administradores de uma rede varejista sob a alegação de terem sonegado informações ao mercado, e com a falência acabaram por lesar investidores. Referido processo encontra-se desde 7 de maio de 2012.

Uma quinta ação pesquisada, autos 2004.51.01.018858-8⁶⁴, movida pelo Ministério Público Federal em face de Telemar Norte Leste Participações S/A, Telemar Norte Leste S/A, TNL PCS S/A- OI e União Federal , que tramita perante a 20 Vara Federal do Rio de Janeiro, alega haver irregularidades no conjunto de atos societários que culminou na transferência do controle acionário da TNL PCS S/A - OI

⁶³ Disponível em Tribunal Regional da Terceira Região < <http://www.trf1.jus.br/> Acesso em: Junho de 2012

⁶⁴ Disponível em Tribunal Regional da Segunda Região < <http://www.trf1.jus.br/> Acesso em: Dezembro de 2012

para a operadora de telefonia fixa Telemar Norte Leste S/A. Tem como escopo a anulação de referida transferência, bem como a condenação de todas as rés, com exceção da União, a pagar indenizações: aos acionistas minoritários pelos danos morais e materiais sofridos em razão da depreciação de suas posições acionárias; também ao Centro de Estudos Jurídicos do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos, a título de dano moral coletivo em decorrência do abalo na confiança do investidor no mercado financeiro.

Foi proferida sentença, em 29 de abril de 2011, que julgou extinto o feito sem, resolução de mérito em relação à União Federal, e improcedentes os pedidos em relação às demais rés.

O Ministério Público Federal apelou e o recurso aguarda julgamento, está concluso com o Desembargador Poul Erik Dyrland, desde 18 de dezembro de 2012.

Quanto às ações no âmbito da Justiça Comum, além da já citada foram pesquisadas mais três.

A primeira delas, analisa a competência do Ministério Público: *autorizar o Ministério Público, "de ofício ou por solicitação de Comissão de Valores Mobiliários", a ajuizar as medidas cautelares ou ressarcitórias necessárias, em caso de "danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado, "sem prejuízo da ação de indenização do prejudicado"* (1 o Tribunal de Ap. Cív. 15.149.4/9-00 de São Paulo -11.481 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO Alçada Civil de São Paulo, 8a C, j . em 2.10.91, Rel. Juiz Franklin Nogueira, RT. 674/118)

Uma segunda ação, processo n° 000.05.039741-9⁶⁵, proposta perante a 28ª Vara Cível da Central da Comarca da Capital de São Paulo, trata-se de ação proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra uma empresa que criava avestruzes e oferecia investimentos alegando tratar-se de uma parceria rural, sem, contudo, encontrar-se registrada como companhia aberta, o que não lhe permitia oferecer publicamente quaisquer títulos ou contratos de investimento coletivo. Considerando que referida empresa não acolheu as determinações da Comissão de Valores Mobiliários, o Ministério Público entrou com a ação para coibir a comercialização dos contratos.

⁶⁵ Disponível em Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. < <http://www.trf1.jus.br/>> Acesso em: Junho de 2012.

Foi proferida sentença, em 2009, julgando como sendo de investimento coletivo a relação jurídica contratual descrita na petição inicial e condenando a ré a não mais oferecer ao mercado nem comercializar esse contrato, bem como a não mais divulgar esse contrato e sua oferta na mídia, incluída a internet. Foi ainda cominada multa diária de cinquenta mil reais para o caso de violação.

A terceira ação civil pública, processo 583.00.2006.227950-0⁶⁶, da 13ª Vara Cível Central da Comarca da Capital de São Paulo, foi proposta em face de um gestor de investimentos administrado por um banco, acusados de praticar o *insider trading*. O gestor aproveitou-se de informação relevante de uma empresa de eletricidade, quando ocorreu a privatização. O Ministério Público requereu a condenação do réu ao pagamento de danos materiais e morais, bem como que recursos fossem colocados à disposição dos lesados, com base no §2º, do artigo 2 da Lei 7.913/89.

Em que pese, a Lei 7.913/89 tenha mais de 20 anos, pode-se observar que o número de ações propostas, que a tenham como embasamento legal, é bem pequeno se comparado ao crescimento, não só do número de sociedades anônimas, bem como do número de investidores no mercado de capitais.

⁶⁶ Disponível em Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. < <http://www.trf1.jus.br/>> Acesso em: Junho de 2012.

CONCLUSÃO

É fundamental assegurar o acesso à justiça em um regime democrático, porque não há democracia sem respeito à garantia dos direitos. Atualmente, essa garantia está constitucionalmente consagrada no art. 5º, XXXV. Contudo, não basta, o mero acesso formal ao sistema jurídico, este, também deve ser apto para garantir a efetividade dos direitos, sejam esses individuais ou coletivos, como no caso dos interesses dos investidores no mercado de capitais.

Os instrumentos para a tutela coletiva de interesses transindividuais exercem relevante papel no mercado de capitais brasileiro, onde a concentração do poder societário é presente.

A utilização adequada da ação coletiva 7.913/89, tendo em vista o interesse social, não só no correto funcionamento do mercado, mas no desenvolvimento das grandes empresas poderá contribuir para o aumento da confiança no mercado de valores mobiliários, por conseguinte, influenciar no desenvolvimento do país.

Nas últimas décadas, a sociedade anônima reuniu recursos de um grande número de pessoas para financiar empreendimentos produtivos e, assim, alcançar ganho de produtividade e aumento dos níveis de consumo, consequentemente contribuindo para desenvolver o mercado de capitais.

Ocorre que, desde a sua criação, devido ao seu potencial econômico, a sociedade anônima tornou-se fonte de abusos, fraudes, especulações fazendo-se necessárias a tomada de medidas judiciais para reparação de danos, principalmente quando da comercialização de suas ações junto ao mercado de valores mobiliários.

O presente tema é considerado de extrema relevância na seara do Direito Empresarial que busca, por meio de diversos institutos, o maior investimento no setor, impulsionado pela maior proteção e segurança daqueles que se propõe a participar do mercado de capitais.

Mister ressaltar que o nivelamento da informação entre os investidores e a transparência das operações são pontos essenciais do mercado de capitais.

Cumprindo à Comissão de Valores Mobiliários (CVM), criada pela Lei 6.385/1976 com natureza jurídica de autarquia, regular o mercado de valores

mobiliários e exercer diferentes funções. A CVM auxilia desde a elaboração de orientações gerais para o desenvolvimento deste mercado, até a investigação de infrações e aplicação de sanções administrativas, através do processo administrativo.

Considerando que o grau de proteção legal conferido aos investidores e acionistas tem impacto direto sobre o crescimento do próprio mercado e, em última análise, da economia do país, como consequência das transformações que vêm ocorrendo nos últimos anos em nosso mercado de capitais e na estrutura das sociedades anônimas, tornou-se imprescindível a defesa coletiva dos interesses dos investidores. Para tanto, foi editada a lei 7.913/1989, que juntamente com as leis nº 7.347/1985 e 8.078/1990 formam um microsistema de tutela coletiva.

A Lei nº 7.913/1989 instituiu a Ação Civil Pública específica para reparação de danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários e conferiu ao Ministério Público a legitimidade ativa.

A legitimação do Ministério Público decorre da própria lei, contudo é importante destacar a necessidade de se aumentar o rol dos legitimados ativos à propositura da Ação Civil Pública visando à proteção do investidor. Conferir legitimidade ativa à Comissão de Valores Mobiliários, bem como aos demais legitimados, nos termos do art. 5º da Lei nº 7.347/1985.

A Lei nº 7.913/1989 apresenta preocupação com as práticas abusivas, em especial com a prática do *insider trading*, uma vez que a informação privilegiada é o fator que desequilibraria o mercado em favor de um em detrimento de todo o sistema. Ademais, elenca, varias outras condutas autorizadas, que se encontram enunciadas no artigo 1º, tais como condutas que consubstanciem operação fraudulenta, manipulação de preços ou criação de condições artificiais de procura, oferta ou preço de valores mobiliários, prática não equitativa.

O inciso III do art. 1º da Lei 7.913/89 elenca a *omissão de informação relevante por parte de quem estava obrigado a divulgá-la, bem como sua prestação de forma incompleta, falsa ou tendenciosa*.

Os interesses, ou direitos, tutelados pela Lei 7.913/89 são também coletivos *Stricto sensu* e individuais homogêneos, e não apenas direitos difusos, conforme defendido por parte da doutrina. Direito coletivo *Stricto sensu*, porque trata-se de um direito indivisível, concernentes a um grupo de pessoas ligadas entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base preexistente, qual seja, o

fato de serem possuidores de valores mobiliários da mesma empresa, e cuja determinação da titularidade é possível, uma vez que é atribuído àquele que é possuidor do valor mobiliário. Todavia, se considerado o tratamento dado pela lei aos investidores do mercado de capitais, de uma forma em geral, tem-se que o objeto é divisível, nesse caso estar-se-ia diante de direitos individuais homogêneos, e não coletivos.

Regra geral, a Lei 7.913/89 adota o mesmo procedimento processual das ações coletivas.

A sentença capitulará a responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários, deverá atender a regra geral e será genérica.

No que diz respeito à coisa julgada, há duas espécies de limites: os objetivos, dizem respeito à matéria que fica sujeita à autoridade da coisa julgada e os subjetivos, dizem respeito aos sujeitos que restariam atingidos pela autoridade da coisa julgada. No caso da tutela coletiva discutem-se principalmente os limites subjetivos.

Em pese, para maior parte da doutrina a coisa julgada esta satisfatoriamente regulada pelo artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor, destaca-se uma segunda corrente para a qual os efeitos subjetivos da coisa julgada se estendem a quem é imputado o dever jurídico, imposto pela norma, ou seja, o réu da ação. Consequentemente, o sujeito passivo da relação jurídica processual vincula-se ao comando sentencial de forma definitiva, por força da autoridade da coisa julgada material, gerando um impedimento lógico para que ele volte a discutir a mesma matéria em outro feito, de tal forma que todos os demais titulares daquele mesmo interesse em juízo terão o mesmo benefício com da sentença proferida.

A apuração do prejuízo individual de cada investidor, porém, há de ser feita caso a caso através de liquidação, ou execução de sentença.

Contudo, no que se refere à execução da sentença, principalmente para apuração do prejuízo individual de cada investidor, apresenta-se de forma complexa, sendo possível a aplicação da execução das ações coletivas e do *Fluid Recovery* em caso de não observância do prazo determinado no artigo 2º da Lei 7.913/89.

No Brasil não há tradição de capitalização da moeda com o seu investimento nas grandes companhias. A maioria do público brasileiro repulsa a

ausência de garantias oferecidas para os investimentos junto ao mercado de capitais, considerando-o demasiadamente arriscado e, por isso, propício a perdas.

Não resta dúvida que o mercado de valores mobiliários é dinâmico e envolve certos riscos e pode ocorrer, como em qualquer negócio realizado, que certas expectativas de grupos de investidores poderão ser frustradas.

Observou-se que o mercado de capitais não ficou alheio à evolução da disciplina jurídica da tutela coletiva dos interesses transindividuais, principalmente por envolver relações de massa.

Da análise dos poucos casos de utilização da ação coletiva, preconizada pela Lei 7.913/89, extrai-se a imensa dificuldade que acomete a particulares e órgãos públicos, principalmente, ao Ministério Público, no tratamento dos interesses transindividuais, quando se trata de mercado de capitais, em especial em razão de sua característica da conflituosidade específica, que exige especialização e maior dedicação, o que é quase impossível, se considerada a precariedade e falta de suporte dada aos órgãos de proteção nessa esfera. Cumprido ao Estado, em suas atividades legislativa, executiva e jurisdicional propiciar melhor infraestrutura para tanto.

Por outro lado, o pequeno número de ações propostas, poderia significar que a CVM tem atuado de forma eficiente na prevenção de ocorrência de fraudes e uso de informação privilegiada e que o uso indiscriminado da ação civil pública nesta seara traria uma insegurança muito grande e não recomendável para o mercado de valores mobiliários, contudo, não é o que se tem observado, no âmbito do mercado de capitais brasileiro.

Não paira dúvida de que o mercado de capitais continua sendo um ambiente de risco, que deve sim ser assumido por aqueles que se propõe a participar dele, contudo, os instrumentos para a tutela coletiva de interesses transindividuais podem exercer relevante papel nesse mercado de capitais, em que a concentração do poder societário ainda se faz marcante, conforme já exarado.

Observando a dinamicidade da vida empresarial e o imprescindível sopesamento entre princípios constitucionais, tais como a função social da empresa e a liberdade de iniciativa do particular, faz-se mister a adequada utilização da ação coletiva da Lei 7.913/89, que pode significar um importante meio de participação mais ativa dos investidores, garantindo a efetividade de seus direitos e o acesso à Justiça.

REFERÊNCIAS

- ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Responsabilidade Civil dos administradores da S/A** (e as ações correlatas). São Paulo: Saraiva, 2010.
- ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito material coletivo: superação da summa divisio direito público e direito privado por uma summa divisio constitucionalizada**. Belo Horizonte, Del Rey, 2008.
- ALVIM, Manoel Gonçalves Arruda. **Manual de direito processual civil**. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- ANDRADE, Adriana; ROSSETTI, José Paschoal. **Governança corporativa: fundamentos, desenvolvimento e tendências**. São Paulo: Atlas, 2004.
- APPIO, Eduardo. **A Ação Civil Pública no Estado Democrático de Direito**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2007.
- ARENHART, Sérgio Cruz. **Perfis da tutela inibitória coletiva**. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil. v. 6. São Paulo: RT, 2003.
- ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- ASCARELLI, Tullio. **Problemas das sociedades anônimas e direito comparado**. Campinas: Bookseller, 1999.
- ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Tradução de: Fábio K. Comparato. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, nova série, v. 35, n. 104, p. 109-126, out./dez. 1996.
- BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BASTOS, Celso Ribeiro. A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 6, n. 23, jul./set. 1981.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. **Comentários à lei de registros públicos: lei n 6.015, de 31 de dezembro de 1973, v.1. 1, ed. rev. e ampl.** Rio de Janeiro, Forense, 1999.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo: influência do direito material sobre o processo**. 3. ed. São Paulo: Malheiro, 2003.
- 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. 81, 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.

BM&FBOVESPA. **Processos administrativos concluídos.** Disponível em: <<http://www.bovespasupervisaomercado.com.br/ProcessosAdministrativos.as>>. Acesso em: 25 maio de 2012.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Tutela dos interesses difusos e coletivos.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2006.

BERMUDES, Sergio. **A Legitimidade do Ministério Público e das Associações na Tutela do investidor de Fundos.** Disponível em: <www.bovespa.com.br> Acesso em maio de 2012.

BOBBIO, Norberto. **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.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. **Do estado liberal ao estado social.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito societário.** 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil:** tutela jurisdicional executiva. São Paulo: Saraiva, 2008.

BULGARELLI, Waldirio. **Manual das sociedades anônimas.** 8. ed. São Paulo: Atlas, 1996.

BRASIL, **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em <www.stj.jus.br>. Acesso em 10 de Junho de 2012.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro**. Disponível em <www.tjrj.jus.br>. Acesso em 10 de Junho de 2012.

_____. **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. Disponível em <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 10 de Junho de 2012.

_____. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Disponível em <www.tjsp.jus.br>. Acesso em 10 de Junho de 2012.

_____. **Tribunal Regional da Primeira Região**. Disponível em <www.trf1.jus.br>. Acesso em 10 de Junho de 2012.

_____. **Tribunal Regional da Quarta Região**. Disponível em <www.trf4.jus.br>. Acesso em 10 de Junho de 2012.

_____. **Tribunal Regional da Segunda Região**. Disponível em <www.trf2.jus.br>. Acesso em 10 de Junho de 2012.

_____. **Tribunal Regional da Terceira Região**. Disponível em <www.trf3.jus.br>. Acesso em 10 de Junho de 2012.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**. Panóptica, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em 02 de maio de 2012.

_____. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Edições Almeida, 2006.

CANTIDIANO, Luiz Leonardo. **Direito Societário e Mercado de Capitais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Briant. **Acesso à justiça**. Tradução de: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

_____. **Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil**. Revista de processo. Tradução de: Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos, São Paulo, n 5, 1977.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2011, v. 2

_____. **Comentários à lei de sociedades anônimas**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2002, v. 1

_____. Responsabilidade civil dos administradores das companhias abertas, **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 22, n. 49, 1983.

CAVALCANTE, Francisco. MISUMI, Jorge Yoshio e RUDGE, Luiz Fernando. **Mercado de capitais-o que é, como funciona**. 6. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

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

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. vol. 1. 3 ed. Campinas: Bookseller, 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. v. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Ata da Reunião Extraordinária do Colegiado e do Comitê de Termo de Compromisso de 04.03.08. Disponível em <<http://www.cvm.gov.br>>. Acesso em: 15 maio 2012.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação histórica dos direitos humanos**. 4 ed., São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. SALOMÃO FILHO, Calixto. **O poder de controle na sociedade anônima**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COSTA E SILVA, Francisco da, As ações preferenciais na Lei 10.303, de 31.10.01: proporcionalidade com as ações ordinárias; vantagens e preferências. In: LOBO, Jorge. **Reforma da Lei das Sociedades Anônimas**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

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

CRUZ, P. M. **Fundamentos do Direito Constitucional**. 2 ed. rev. ampl. Curitiba: Juruá, 2004.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Constituição e Processo**. Salvador: Podivm, 2007, p. 367-435.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. **A instrumentalidade do processo**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

EIZIRIK, Nelson. **Aspectos modernos do direito societário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FERREIRA, Waldemar. O Estatuto do Comerciante e da Sociedade Mercantil. In: **Instituições de Direito Comercial**. 3 ed. comemorativa do centenário do Código

Comercial do Império do Brasil. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1951. v. 4.

FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **Invalidade das deliberações de assembléia das SA**. São Paulo: Malheiros Ed., 1999.

GIDI, Antonio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

_____. **Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil**. São Paulo: Forense, 2008.

GRINOVER, Ada Pelegrini et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**, 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

_____. Da class action for damages à ação de classe brasileira. **Ação Civil Pública – Lei 7.347/1985 – 15 anos**. 2. ed. São Paulo: RT, 2002.

_____. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 25, n. 97, p. 09-15, janeiro-março- 2000.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. 3 ed. São Paulo: Celso Bastos, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A inclusão do direito processual constitucional no curso de graduação em direito. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 69, n. 18, p. 111-112, jan./mar. 1993.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v.1 e 2. 2 ed. Tradução de: Flávio Beno Siebeneich. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESSE, Konrad. **A força normativa da constituição**. Tradução de: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de: 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.

LAMEIRA, Valdir J. **Mercado de Capitais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense Universitária, 2003.

LAMY FILHO, Alfredo. PEDREIRA, José Luiz Bulhões. **A Lei das S/A**. 2 ed, v. 2, Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

LIMA, Leonardo Pereira. **Dicionário enciclopédico comercial**. 2. ed, v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

LUCCA, Newton de. **Direito do consumidor**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

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.

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

_____. **Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7347/85 e legislação complementar)**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Manual do Consumidor em Juízo**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 2. 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**. 19. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

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.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

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.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NEGRÃO, Ricardo José. **Manual de direito comercial e de empresa**. v.1. 6. ed. São Paulo:Saraiva, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. Ada Pellegrini Grinover *et al.* 8 ed. Ver. e atual e ampl conforme o novo código civil. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. Ação civil pública no processo do trabalho. In: Edis Milaré (Coord.). **Ação civil pública, Lei 7.347/1985- 15 anos**. São Paulo: RT, p. 599-622, 2001.

_____. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NORONHA, Ilene Patrícia. **Securitização de recebíveis comerciais e industriais**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

NUSDEO, Fábio. Curso de Economia. **Introdução ao Direito Econômico**, 4. ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

NUNES, Rizzato. As Ações Coletivas e as Definições de Direito Difuso, Coletivo e Individual Homogêneo. **Processo Civil Coletivo**. Coord. Rodrigo Mazzei e Rita Dias Nolasco. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

PAES, P.R. Tavares. **Direito Empresarial, Estudo e Pareceres**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1995.

PENTEADO, Mauro Rodrigues. Sociedade Anônima. Acionista Controlador. **Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro**, São Paulo, v. 83, 1991.

PIZZOL, Patrícia Miranda. **Liquidação nas ações coletivas**. São Paulo: Lejus, 1998.

PROENÇA, José Marcelo Martins. **Insider trading-regime jurídico do uso de informações privilegiadas no mercado de capitais**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. v.1.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Empresa: Lei nº 10.406 de 10.01.2002**. 3 ed. São Paulo: Forense: 2007.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Observações críticas acerca da suspensão de segurança na Ação Civil Pública (art. 4º da Lei 8.437/1992 e art. 12, § 1º, da LACP). In: MILARÉ, Edis. **A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ROMANO, Santi. **Princípios de Direito Constitucional Geral**. Tradução de: Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Ed., 2006.

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

_____. **A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Processo constitucional: nova concepção de jurisdição**. São Paulo: Método, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais: do sistema geracional ao sistema unitário: uma proposta de compreensão**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SENADO FEDERAL. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em: 10 dez. 2011.

SHIMAMURA, Sergio. O papel da associação na ação civil pública. In: MAZZEI, Rodrigo Reis, NOLASCO, Rita Dias (Coord.). **Processo Civil Coletivo**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SZTAJN, Rachel; FRANCO, Vera Helena de Mello. **Direito Empresarial II**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A Arbitragem como meio de solução de controvérsias - **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. n. 2. São Paulo nov/dez.1999.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. A Lei 7.913/89, de 7 de dezembro de 1989 - A tutela judicial do mercado de valores mobiliários. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 667, p. 72, maio 1991.

_____. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 195-196.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. O poder judiciário como Poder Político no Brasil do Século XXI. In: **Revista Jurídica**: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica judiciária. ano 49, n. 283, Porto Alegre, 2001.

VENTURI, Elton. **Execução da Tutela Coletiva**. São Paulo: Malheiros, 2000.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Tutela jurisdicional coletiva**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

_____. Interesses individuais homogêneos e seus aspectos polêmicos. São Paulo: Saraiva, 2003.

VALVERDE, Trajano Miranda. **Sociedade por Ações**. 2 ed., Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 1960.

WALD, Arnold. **O governo das empresas**. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, v. 15, ano 5, jul-set 2002, São Paulo: Revista dos Tribunais.

_____. Arnaldo. **Reforma da Lei das Sociedades Anônimas**. In: Jorge Lobo (Coord.). **A Reforma da lei das Sociedades Anônimas**: os direitos dos minoritários na nova lei das S.A. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Sentença Civil: liquidação e cumprimento**. 3 ed. São Paulo: RT, 2006.

WATANABE, Kazuo. **Participação e Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

YAZBEK, Otávio. **Regulação do Mercado Financeiro e de Capitais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ZACLIS, Lionel. **Proteção coletiva dos investidores no mercado de capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Antecipação da tutela**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. In: **Revista Forense**. Rio de Janeiro: Forense, v. 329, pp. 147-160, jan/mar 1995.