

KÁTIA SÉRVULO DE LIMA ROCHA

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA: ORIGENS, EVOLUÇÃO
HISTÓRICA E PROSPECTIVAS**

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – FACULDADE DE DIREITO

BRASÍLIA – DF

2013

KÁTIA SÉRVULO DE LIMA ROCHA

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA: ORIGENS, EVOLUÇÃO
HISTÓRICA E PROSPECTIVAS**

Dissertação apresentada à
Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília, como
exigência para obtenção do título de
mestre em direito.

Orientador: Professor Doutor
Guilherme Fernandes Neto

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – FACULDADE DE DIREITO

BRASÍLIA – DF

2013

ROCHA, Kátia Sérvulo de Lima.

Ação civil pública: origens, evolução histórica e perspectivas. Kátia Sérvulo de Lima Rocha – Brasília, Distrito Federal: FD-UnB, 2013.

Orientador: Professor Dr. Guilherme Fernandes Neto

Dissertação - Faculdade de Direito – Programa de Pós-graduação em direito. Mestrado em direito.

Brasília - DF, Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

Ação civil pública – Processo civil

I. ROCHA, K. S. L. II. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília.

III. Ação civil pública: origens, evolução histórica e perspectivas.

KÁTIA SÉRVULO DE LIMA ROCHA

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA: ORIGENS, EVOLUÇÃO
HISTÓRICA E PROSPECTIVAS**

Dissertação apresentada à
Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília, como
exigência para obtenção do título de
mestre em direito.

Orientador: Professor Doutor
Guilherme Fernandes Neto

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Guilherme Fernandes Neto - Orientador

Prof. Dr. Jorge Amaury Maia Nunes

Prof. Dr. Inocêncio Mártires Coelho

Prof. Dr. Frederico Henrique Viegas de Lima (suplente)

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – FACULDADE DE DIREITO

BRASÍLIA – DF

2013

Este trabalho é dedicado ao meu marido e companheiro Marcelo, aos meus amados pais Ermes e Rosa, ao meu irmão Márcio, à minha cunhada Cássia e ao meu sobrinho muito querido, Diogo. Que muito fizeram por mim, apoiando e incentivando nos momentos mais importantes e difíceis de minha vida. Por sempre compreenderem a exiguidade do meu tempo.

Agradeço ao Professor Dr. Guilherme Fernandes Neto, pela paciência, orientação e atenção dispensadas no decorrer de toda a elaboração deste trabalho.

Aos Professores da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, pelo notável saber jurídico transmitido de forma brilhante, o que possibilitou uma maior reflexão acerca da ação civil pública.

Agradeço aos meus colegas de pós-graduação, em especial Alexandre Mota e Eudócio Paes, pelo incentivo às novas ideias e apoio na jornada árdua.

O direito não é nada além do mínimo ético.
Georg Jellinek

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACP – Ação Civil Pública

ADCT - Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

AGB - Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen — Lei para o regulamento das cláusulas gerais dos contratos

AGBG – Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

ART. - artigo

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CDC - Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990

CERCLA - Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act

CFDD - Conselho Federal Gestor do Fundo de Defesa de Direitos Difusos

CPC – Código de Processo Civil – Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

CPP – Código de Processo Penal - Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.

CRFB - Constituição da República Federativa do Brasil

CRP - Constituição da República portuguesa

D. - Digesto

FDD - Fundo de Defesa de Direitos Difusos

FRCP - Federal Rule of Civil Procedure

GLO – *Group litigation order*

GWB - Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen –Lei contra as Limitações da concorrência ou Lei dos cartéis

LACP - Ação Civil Pública - Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985

MP – Ministério Público

ONU – Organização das Nações Unidas

PROCON – Fundação de Proteção e Defesa do Consumidor

RIPE - Revista - Instituto de Pesquisas e Estudos

REsp – Recurso Especial

SARA - Superfund Amendments and Reauthorization Act – Lei de emenda e re-autorização do superfundado (tradução livre)

SCA - Supreme Court of Appeal

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

UNESA – Universidade Estácio de Sá

USP – Universidade de São Paulo

UERJ - Universidade do Estado do Rio de Janeiro

U.S.- United States of America – Estados Unidos da América

UWG-Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – Lei contra a concorrência desleal

v - versus

SUMÁRIO

RESUMO	12
ABSTRACT	13
INTRODUÇÃO.....	14
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS TUTELAS COLETIVAS.....	18
1.1 Tutela individual e tutela coletiva.....	18
1.2 Antiguidade clássica e o Direito Romano – <i>actiones populares</i>	20
1.3 Direito medieval – desenvolvimento da tutela coletiva.....	35
1.3.1 O processo coletivo na Inglaterra	36
1.3.2 Bill of peace.....	39
1.3.3 Equity rules.....	41
1.4 Outros ordenamentos.....	44
1.5 O processo coletivo no Brasil	56
2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE TUTELAS COLETIVAS.....	64
2.1 Panorama da ação civil pública	65
2.2 Identificação da ação civil pública.....	69
2.3 Condições da tutela coletiva.....	73
2.4 Da principiologia da tutela coletiva	76
2.4.1 Princípio da adequada representação (legitimação)	78
2.4.2 Do princípio da eficiência.....	79
2.4.3 Princípio da máxima efetividade do processo coletivo	82
2.4.4 Princípio da não-taxatividade.....	83
2.4.5 Princípio da integratividade do microsistema processual coletivo	83
2.4.6 Princípio da superioridade do interesse público.....	84
3 TUTELA COLETIVA – PERSPECTIVA COMPARADA	85
3.1 Aspectos gerais.....	89
3.2 Objeto comum	89

3.3 Representação adequada	95
3.4 Coisa julgada	110
3.5 Publicidade.....	114
3.6 Execução: Fundo Federal de Reparação de Direitos Difusos (FDD)	122
4. DEFICIÊNCIAS E PERSPECTIVAS E DESENVOLVIMENTO NO SISTEMA BRASILEIRO	128
4.1 Proximidade entre os sistemas.....	128
4.2 Afastamento entre os sistemas	130
4.3 Adoção de procedimentos estrangeiros	132
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	135
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	137

RESUMO

O estudo das origens, evolução histórica e perspectivas da ação civil pública é fruto das transformações da civilização que ampliaram seu foco do indivíduo isolado para um novo foco, considerá-lo como cidadão, reunido em grupos que interferem e participam das decisões da sociedade. Do aparecimento de novos interesses decorrentes dessa mudança surgiu a necessidade de uma ordem abstrata, um subsistema peculiar ou o intitulado sistema único coletivo, com princípios e institutos próprios. Foi então criado o subsistema coletivo constituído em especial pela Ação Civil Pública retratada pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, pelo Código de Defesa do Consumidor – CDC, disposto na Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990 e pela Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB promulgada em 1988 e quiçá pelo Código Brasileiro de Processos Coletivos ainda em projeto de lei. O trabalho não pretende constituir apenas um texto de caráter retrospectivo sem acrescentar em nada: haverá um estudo teórico e prático do tema para construir o caminho crítico da pesquisa. Traçarei uma perspectiva comparada entre a *class action* de outros ordenamentos e a ação civil pública brasileira com ênfase em algumas peculiaridades, como a representatividade adequada, a coisa julgada, a publicidade e a execução sem nos olvidar de considerar as diversidades de cada sociedade. Atualmente tem aumentado a consciência da importância da resolução dos conflitos em aspecto mais amplo, favorecendo o acesso à justiça sem aumentar demasiadamente o número de processos no judiciário. Por conseguinte, o exame da adoção de melhorias no ordenamento brasileiro é de suma importância na busca da ampliação da defesa dos direitos coletivos.

ABSTRACT

The study of the origins, historical development and prospects of collective action is the result of the transformation of civilization that expanded its focus from isolated individual to consider it as citizens, gathered in groups that intervene and participate in the company's decisions. The emergence of these new interests emerged the need for an abstract order, a subsystem called quirky or unique system with collective principles and institutions was then created composed especially for Collective Action portrayed by Law nº. 7347 of July 24, 1985, the Code of Consumer Protection - CDC, provided by Law nº. 8078 of September 11, 1990 and the Constitution of the Federative Republic of Brazil - CRFB enacted in 1988 and perhaps by Brazilian Code of Collective Processes still in the projects of law. The work aims to provide not only a retrospective text without adding anything: there will be a serious theoretical study and practical theme to build the critical path research. Build a comparative perspective between the jurisdictions of other class action and collective action in Brazil with emphasis on some peculiarities, such as adequate representation, *res judicata*, advertising and running without us forget to consider the diversity of each society. Currently has increased awareness of the importance of conflict resolution in wider aspect, facilitating access to justice without unduly increasing the number of cases in the judiciary. Therefore, examination of the adoption of improvements in the Brazilian is in search of its importance to the expansion of collective rights.

INTRODUÇÃO

A presente dissertação tem por intuito analisar as origens, evolução histórica e perspectivas da ação civil pública, pois com a observação e estudo dos fenômenos que levaram ao aumento das demandas coletivas é possível examinar os efeitos do surgimento de novas questões e as constâncias e variações do Direito.

As transformações da civilização fizeram com que o foco não se restringisse mais ao indivíduo isoladamente, mas se transferisse a um novo foco para então considerá-los como cidadãos, reunidos em grupos que interferem e participam das decisões da sociedade. A ampliação das relações sociais criou uma nova dinâmica de convivência e levou ao aparecimento de novos interesses.

Esses interesses que não mais se restringiam aos conflitos individuais, reflexo claro do desenvolvimento da vida em conjunto, exigiram uma ordem abstrata que os regulassem sob pena de não se ter direitos de grupos ou a representatividade política e jurídica reconhecidos.

Essas novas demandas coletivas levaram o legislador a voltar-se a suprir essa necessidade de regramento específico para o resguardo aos chamados direitos de terceira dimensão, já que muitas lacunas não mais podiam ser sanadas satisfatoriamente pelo Código de Processo Civil. Desta forma, criou-se um subsistema peculiar ou o intitulado sistema único coletivo com princípios e institutos próprios onde a Ação Civil Pública retratada pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, o Código de Defesa do Consumidor – CDC, disposto pela Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990 e a Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB promulgada em 1988 desempenham o papel principal na tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Visando ao aprimoramento desse subsistema há o projeto de lei para a promulgação de um Código Brasileiro de Processos Coletivos como veremos adiante. Entretanto, apenas promulgação de normas não é suficiente para o trato da matéria, pois também é necessária uma mudança de compreensão e postura dos próprios operadores do direito para que ultrapassem as barreiras do comodismo e preconceitos.

Rumo à busca da proteção desses direitos, onde o estudo teórico e prático do tema constitui um importante caminho, veremos traços de ações coletivas serem encontrados no decorrer dos séculos. Há, entretanto, distinções importantes entre as primeiras ações coletivas medievais, as modernas e as contemporâneas em que o instituto se adequou a cada momento e local em que teve sua aplicação suscitada.

Haverá enorme esforço para o trabalho não constituir apenas um texto de caráter retrospectivo de reconstrução e poetização da antiguidade sem acrescentar em nada como um simples olhar ao passado com a percepção do presente. Não se pretende veicular o errôneo pensamento de que se um instituto jurídico já foi utilizado pelo ordenamento romano também é necessário no nosso. Sua importância é demonstrar que o interesse coletivo não é de algo recente e, por isso, cabe levantarmos como era feito seu tratamento.

O estudo sobre o instituto já é tradicional nos Estados Unidos da América, por isso, construiremos uma perspectiva comparada entre a *class action* e a ação civil pública brasileira para que a compreensão do Direito pátrio permita encontrarmos as deficiências e perspectivas de desenvolvimento do nosso sistema, sem nos esquecer, é claro, das peculiaridades de cada ordenamento.

Dentre as várias peculiaridades no processo coletivo, a representatividade adequada, a coisa julgada, a publicidade e a execução merecerão no presente trabalho destaque, pois são pontos abordados diferentemente pelos dois sistemas e que podem representar um aprimoramento do instituto.

O exame da idoneidade e capacidade para uma representação adequada é realizado pelo juiz norte-americano, a priori, o mesmo não é realizado pelo magistrado brasileiro, pois há um rol de legitimados *ope legis*. Entretanto, não obstante a norma existente, o magistrado analisa a legitimação ativa ou passiva como veremos adiante. Os reflexos dessa legitimação podem ter efeitos na aplicação da coisa julgada que em cada ordenamento sofrerá consequências distintas.

Pretende-se neste estudo auxiliar na aplicação do instituto à luz do ordenamento brasileiro vigente, bem como do projeto de lei que regulará o assunto e do Código Modelo para Ibero-América, bem como, deixar registradas análises críticas e sugestões para o aprimoramento do instituto que poderá ser ainda mais relevante no desenrolar das judicializações dos conflitos brasileiros. No decorrer do texto formaremos a base para a reflexão e elaboração do registro de nossas considerações finais.

Iniciaremos o estudo com uma primeira parte de cunho geral, analisando o nascimento dos direitos coletivos e de sua tutela via a *actio popularis*, em que não se pleiteava um direito realmente individual, mas se agia *pro populo* na defesa da universalidade indivisa, constituída pela coletividade romana¹. Nos ordenamentos jurídicos de *common Law*, sobre o surgimento das *class actions* será importante observar a visão da Inglaterra medieval (século XII) de Stephen C. Yeazell, o caso da vila francesa de Edward Peters, o desenvolvimento da *group of litigation* ou *bill of peace* e os esforços aplicados pelos norte-americanos em seu estudo. Analisaremos o histórico brasileiro com as legislações que abordam o tema e suas evoluções.

Em alguns períodos veremos que não foi dada a devida importância ao instrumento coletivo. Modernamente criou-se a consciência de sua relevância na resolução dos conflitos em aspecto mais amplo, favorecendo ao acesso à justiça sem a acumular mais processos no judiciário, já que seu desfecho dá vazão a um grande número de debates que de outra forma, teriam que ser analisados em sua forma individual. Observar-se-á sua eficiência na redução de novos litígios por desestimular o evento danoso.

Na segunda parte abordaremos o objeto central, a ação civil pública brasileira e, analisaremos cada um de seus termos formados da expressão. Observaremos seu panorama bem como o importante aspecto de sua principiologia. Não nos olvidaremos de verificar que em outros ordenamentos há a previsão da tutela coletiva desses direitos. Tentaremos trazer como exemplo, no mínimo, um país de cada continente para demonstrar sua presença no mundo.

Até este momento, o propósito foi o de apresentar os aspectos gerais e expositivos para delinear os pontos que serão objeto do estudo crítico. No capítulo seguinte já discutiremos sobre sua perspectiva comparada à legislação norte-americana. Por conseguinte, os últimos capítulos, dedicaram-se a examinar os resultados da adoção de melhorias no ordenamento brasileiro, com foco no aprimoramento de alguns de seus aspectos estudados, como, a representatividade adequada, a coisa julgada, a publicidade e a execução.

¹ SCIALOJA, Vittorio. *Studi Giuridici*. Vol I – Direito Romano. Roma: Anonima Romana Editoriale, 1933, p. 108-109 e SIDOU, José Maria Othon. *Habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data*, ação popular (as garantias ativas dos direitos coletivos). Rio de Janeiro: Forense, 5ª edição, 1998, p. 303-317.

O estudo crítico repousou no que se refere à influencia de diplomas alienígenas e/ou a adoção de novas soluções de *lege ferenda* na busca de melhorias do instituto para ampliar e aprimorar a defesa dos direitos coletivos.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS TUTELAS COLETIVAS

Há muito a importância da história na vida do ser humano é exaltada. Assim, já o fazia o grande orador romano Marcus Tullius Cícero² ao declarar que ‘o homem que não conhece a história é um menino’. Em sua eloquência indica-nos que ao acessarmos o passado acumularemos experiências para alcançarmos a maturidade.

Assim, como os demais ramos do conhecimento científico, o direito deve perpassar pela visão histórica a fim de permitir o acúmulo de experiências e ampliar o leque de análises de situações jurídicas para contribuir na interpretação dos textos normativos.

1.1 Tutela individual e tutela coletiva

No panorama atual brasileiro, o Estado Democrático tende a privilegiar o bem estar social e os direitos fundamentais com a limitação do poder estatal e a supremacia dos direitos públicos em face dos direitos privados.

Isso leva a uma tendência na preponderância do interesse coletivo sobre o individual em caso de conflito. Entretanto, a Carta Magna de 88 dá atenção especial aos direitos fundamentais, mas não há uma escala hierárquica de valores ou de princípios, eis que equipara interesses coletivos e individuais.

Diante dessa falta de escalonamento Canotilho visualiza apenas três possibilidades de limitação aos direitos fundamentais, quando: i. estabelecidos diretamente na própria Constituição; ii. autorizados pela Constituição por meio de edição de lei restritiva; e iii. não resultar expressamente do texto constitucional³.

² CICERO, Marcus Tullius. *M. Tvlli Ciceronis ad M. Brvtvm Orator*. Lipsiae: Tevbneri, 1884,XXXIV-120, p. 39 “Nescire autem quid ante quam natus sis acciderit, id est semper esse puerum”.

³ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 1142-1143.

Os interesses coletivos e individuais são inseparáveis e têm objetivos semelhantes e, por conseguinte, não deve haver a insurgência de um sobre o outro ainda que sob o manto da aplicação do princípio da supremacia do interesse público, eis que o foco deve ser a harmonização e adequação das normas.

Diante do conflito entre os interesses coletivos e individuais deverá ser realizado um juízo de ponderação com a indicação clara dos atos, fatos e circunstâncias que demonstrem o estudo sobre a decisão e não a pura aplicação do princípio da supremacia do interesse público, o qual não atende mais as necessidades da sociedade atual.

A técnica da ponderação tem sua aplicabilidade tanto no legislativo quanto no judiciário quando o entedimento perseguido é o de que as normas de direitos fundamentais são imperativos de otimização a serem concretizados, guiados pela conjuntura jurídica e pela situação fática para a qual suas aspirações incidem⁴.

Não há uma resolução única e abstrata que seja válida para a solução de todos os conflitos, por isso, a ponderação e a harmonização no caso concreto é, ainda que contenha arriscada semelhança de posições decisionistas, uma necessidade. O magistrado deverá se valer dos princípios no desenvolvimento da reconstrução dos valores envolvidos.

O pensamento estampado na Constituição Federal de 88 de unidade dos interesses é fruto do Estado Democrático e não deve haver prevalência entre os interesses, mas devem ser aplicados proporcionalmente, com sua harmonização sem prejuízo de um por preferência ao outro.

Nesta senda, diante do choque entre um interesse coletivo e um individual, a solução deve ser a ponderação das normas e princípios em tela e garantida sua simetria com o intuito de se obter um desfecho proporcional que não transgrida nenhum direito fundamental.

A título de ilustração, podemos citar que com frequência observamos a disputa entre a liberdade de imprensa com o direito de imagem de um indivíduo quando há a divulgação de informações inverídicas a respeito de pessoas públicas.

⁴CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição, 4^a ed. Coimbra: Editora Almedina, 1992, p. 1195.

Nesses casos têm decidido os Tribunais que é dever da imprensa informar, mas baseada em fatos concretos, que não desrespeitem a honra e a imagem do indivíduo⁵. Entretanto se a notícia publicada exceder os limites da liberdade de imprensa, compendiada no art. 5º, inciso XIV e no art. 220 ambos da Lei Maior, bem como na Lei nº 5.250/67 (Lei de Imprensa), ao ultrapassar a narrativa objetiva do fato, emitindo um juízo de valor acerca da conduta, atribuindo um conceito social negativo, estará caracterizada a ocorrência de dano moral⁶.

Por conseguinte, não cabe indenização quando o direito de informação é exercido de forma regular, sem abuso, na usufruição justa do direito assegurado pela Constituição que garante à imprensa a liberdade de manifestação do pensamento, sem excessos que configurem ofensa à honra ou à intimidade das pessoas⁷.

Tal como se vê no exemplo, não cabe alegar o princípio da supremacia do interesse público e que a informação é direito de todos em face à honra de um indivíduo, eis que haveria afronta a princípio assegurado pela própria Carta Magna, o da dignidade da pessoa humana. É de fato necessário analisar o caso concreto e se perquirir qual o limite do direito à informação quando em oposição aos direitos da personalidade.

Portanto, diante da ausência de hierarquia entre interesses individuais e coletivos, deve haver um juízo de ponderação quando ocorrer conflito entre eles.

1.2 Antiguidade clássica e o Direito Romano – *actiones populares*

O exame da história como extensão do conhecimento e instrumento interdisciplinar transcende a simples análise de acontecimentos e datas de forma cronológica e nos leva a compreender e abrangência das relações e transformações

⁵ TJES – AC 011980139411 – 2ª C.Cív. – Rel. Des. Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon – J. 02.03.2004. Disponível em: <http://www.tj.es.jus.br/>

⁶ TJPE – AC 92001-2 – Rel. Des. Siqueira Campos – DJPE 30.10.2003. Disponível em <http://www.tjpe.jus.br/index.asp>.

⁷ TJMG – AP 0348912-5 – (57412) Acórdão 2.0000.00.348912-5/000(1) – Congonhas – 3ª C.Cív. – Rel. Juiz Duarte de Paula – J. 06.02.2002. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/>

da humanidade e a sua constante evolução. É do conhecimento do passado que se mantém o progresso, que continuamente se renova e se aprimora⁸.

No decorrer da história é possível analisar fatos jurídicos relacionados com as ações coletivas, por isso, na tentativa de entendê-la com melhor precisão, analisaremos sua presença na história. A divisão aqui realizada, longe de pretender demonstrar que os períodos podem ser divididos de forma estanque, tem o intuito de organizar de forma mais sistemática para melhor compreensão.

O direito nacional moderno tem como seu ponto de partida a produção jurídica do Império Romano, daí a importância em analisarmos sua história. Serão adotados os períodos da Antiguidade Clássica (já no Direito Romano – 753 a.C. – 476 D.C.), Período Medieval (séc. V – séc. XV), Era Moderna (séc. XV – séc. XVIII) e Era Contemporânea (séc. XVIII – em diante). Salienciamos que o propósito não é o de extenuar o assunto dentro desses períodos eis que são extremamente vastos e demandaria maior espaço e tempo do trabalho.

Em antanho, muitas culturas realizavam a justiça pelas próprias mãos, propugnando pelo direito por meio da força⁹. Somente após a transformação da sociedade é que a justiça privada evoluiu para a justiça pública. Essa evolução pode ser observada em quatro fases nem sempre distintas entre si: a etapa da vingança privada, com o predomínio da lei de Talião: “olho por olho dente por dente”, prevista na Lei das XII Tábuas; a etapa do arbitramento facultativo que subsistiu por muito tempo no direito romano; a etapa do arbitramento obrigatório no decorrer dos períodos das ações da lei e do processo formulário, caracterizada pela escolha do árbitro pelas partes e coação do devedor para o cumprimento da sentença pelo Estado¹⁰; etapa da justiça pública no tempo do processo da *cognitio extraordinaria*, com o desenvolvimento de todo o processo perante o magistrado, funcionário do Estado¹¹.

Apesar do arrolamento das etapas acima, persistiram algumas faculdades de defesa dos direitos com as próprias mãos, por exemplo, a legítima defesa baseada no princípio *uim ui repellere licet* – que autorizava repelir a força pela força, a autodefesa

⁸ Luiz Carlos de Azevedo em prefácio da obra CRUZ E TUCCI, José Rogério. Jurisdição e poder: contribuição para a história dos recursos cíveis. São Paulo: Saraiva, 1987, p. XVI.

⁹ CRETELLA JUNIOR, Jose. *Curso de Direito Romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 428.

¹⁰ CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Revsita dos Tribunais, 1990, p. 26.

¹¹ CRETELLA JUNIOR, Jose. *op.cit.*, 1978, p. 408.

privada ativa que permitia ao proprietário afastar de sua propriedade animais alheios ou pessoas que nele entrassem oculta ou violentamente; ou, retomar à força coisa sua que alguém, sem direito, mantivesse em seu poder¹².

É provável que a Antiguidade, período a que nos referimos acima, tenha sido responsável pela criação de um dos maiores e mais completos sistemas jurídicos com a produção de diversos institutos e berço rico para o nascimento e desenvolvimento das *actiones populares* que atualmente continuam a inspirar nosso ordenamento jurídico. Entretanto, cabe observar que por muitos autores a morte do imperador Justiniano em 564 d.C. é considerado o marco final do direito romano e a produção jurídica desenvolvida representou o desenvolvimento progressivo do direito justinianeu sob influência oriental, o direito bizantino. Nesse período foram elaboradas diversas compilações da obra de Justiniano como meio de superar os entraves de harmonizarem-se as normas, pois no Oriente a língua falada era o grego e a codificação estava em latim¹³.

Neste cenário, o direito romano, fruto de uma civilização que conseguiu por meio de um processo lento aprimorar as regras das relações entre os indivíduos, se dividiu em três grandes períodos: *legis actiones* – ações da lei que perdurou a partir da fundação de Roma até os fins da República, *per formulas* a contar da promulgação da *Lex Aebutia*, na vigência da *Lex Julia* e subsistiu até a época do imperador Diocleciano e *cognitio extra ordinem* que iniciou com o principado de Otávio Augusto e teve vigência até os últimos dias do império romano do ocidente¹⁴. Cabe compreendermos um pouco de cada período para obtermos pontos de comparação com o processo nas *actiones populares*.

No decorrer dos períodos das *legis actiones*¹⁵ e do *per formulas* o sistema processual vigente foi o *ordo iudiciorum privatorum* (ordem dos processos civis), com a

¹² ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997, p. 181, 182.

¹³ ALVES, José Carlos Moreira. *op. cit.*, p. 55.

¹⁴ AZEVEDO, Luiz Carlos de; TUCCI, José Rogério Cruz e. Lições de história do processo civil romano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 53.

¹⁵ Grande parte dos dados deste período é conhecida por meio das Institutas de Gaio que indicam que as ações da lei eram instrumentos processuais privativos dos cidadãos romanos em defesa de seus direitos estabelecidos no *ius quiritarium*. Nesse momento, o direito provinha dos hábitos, dos costumes e das normas jurídicas que eram transmitidas pelos sacerdotes. O *ius* e o *faz* – o laico e o religioso se interligam e promovem o formalismo e a solenidade. Isso só é afastado com o início do processo de secularização provocado, entre outros, pela consolidação do direito consuetudinário antigo - Lei das XII tábuas e pela bipartição do procedimento.

divisão de instância em duas fases sucessivas: a primeira *in iure*, ante o magistrado, e a segunda *apud iudicem*, ante o *iudex*, que consistia em um particular não vinculado ao Estado. No período da *cognitio extraordinaria*, findou-se essa bipartição e o processo se desenvolveu inteiramente ante o magistrado, funcionário do Estado. As controvérsias que eram originalmente julgadas pelo o rex - chefe religioso e político da época, com a introdução da *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, passou a ser incumbência dos juízes e árbitros laicos selecionados entre patrícios senadores e posteriormente entre plebeus.

No período da *legis actiones*¹⁶, sistema processual romano mais antigo, o formalismo, a solenidade e a oralidade exigidos ao extremo são marcas do rito no direito romano que impossibilitava a representação em juízo: *ninguém pode agir em nome de outrem*¹⁷. Essa fase por demais formalista é fruto de um momento em que em Roma, todo o poder *imperium* se concentrava no rei, chefe supremo e vitalício e único depositário da *potestas publica*; e, na república, nos cônsules, alternadamente, a cada mês. Com o auxílio dos poderes militares, religiosos e civis, eram os legitimados

¹⁶ As ações seguiam os ritos estabelecidos em lei, eram, pois *numerus clausus*. A ação era proposta ante o pretor que decidia, ouvida as partes, os limites da disputa. Após, o litígio era conhecido e julgado ante o *iudex* que era um particular escolhido pelos litigantes, assistido por um *consilium*. Assim, o procedimento das *legis actiones* iniciava-se com o pretor em uma fase pública (*in iure*), e se desenvolvia e finalizava em uma fase arbitral privada (*apud iudicem*) com o *iudex*.

Após a produção das provas, na fase *apud iudicem*, a sentença (*sententia*) irrecorrível era prolatada. Essa decisão não tinha força executiva, pois o *iudex* que a prolatava era um particular que não possuía o poder de *imperium*. Por isso, para o cumprimento da decisão favorável o autor deveria utilizar a *actio per manus iniectioem* para que o *praetor*, detentor do *imperium*, ordenasse as medidas de natureza executiva.

Nesta ação de natureza executiva, após o transcurso do prazo de trinta dias para o cumprimento voluntário pelo devedor, o *praetor* se utilizava das medidas constantes na Lei das XII Tábuas, e autorizava o credor a exercer seu direito sobre a pessoa do inadimplente (*manus iniectioem*) ou sobre seus bens (*missio in bona rei servandae cause*).

Eram três as etapas do procedimento: o início da instância (*in ius vocatio*), a instância perante o magistrado (*in iure*), e a instância perante do juiz popular (*apud iudicem*). Na fase *in ius vocatio*, o chamamento do réu ao processo era incumbência do autor. Na etapa *in iure*, eram realizados os rituais e solenidades de cada ação e o magistrado nomeava o *iudex*, por isso, as partes deveriam estar presentes, não sendo aceita a contumácia.

Se as palavras solenes pronunciadas pelo autor fossem contestadas pelo devedor ou pelo *vindex* haveria o início de um novo processo, a *infinitio*, para discutir a validade da sentença ou o pagamento da condenação.

As ações da lei eram dívidas em declaratórias: *legis actio sacramenti* (marcada pela solenidade e simbolismo e pelo resultado da controvérsia ser decidido por meio de aposta); *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* (ação especial de divisão de herança, cobrança de crédito da *sponsio* e divisão de bens comuns); *legis actio per conditionem* (obrigações com objeto determinado); executivas: *legis actio per manus iniectioem* (ação executiva); e *legis actio per pignoris capionem* (penhora extrajudicial). MIRANDA FILHO, Juventino Gomes de. *O caráter interdito da tutela antecipada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 134-137.

¹⁷ D., 50.17.123, Ulpiano, *livro XVI ad edictum: Nemo aleno nomine lege agere potest.*

a julgar em primeira e última instância e, portanto, ditar o comportamento dos cidadãos.

O entrave de se exigir apenas legitimação ordinária para a propositura da ação só foi sanado com a inclusão do *cognitor* e do *procurador* para participar do processo¹⁸. Entretanto, mesmo antes do aparecimento dessas figuras, o ordenamento possibilitava a qualquer cidadão intentar ação popular ou fazer-se representar por qualquer do povo em causas entre tutor e tutelado (v., Gaio I. 4.82 e *Institutas Iust.*, 4.10)¹⁹.

Encontramos esboço dessa possibilidade, ou seja, da *actio popular* desde as origens de Roma (754 a.C. – 510 a. C.) no Digesto (D., 47.23.1)²⁰ que permitia a cada membro individualmente intentar a ação e neste caso não só exercia o seu próprio direito, como ainda representava o interesse dos seus associados.

Conforme Mancuso, a exceção à exigência da *actio romana* de um interesse pessoal e direito exercido pelo titular do direito (*nemo alieno nomine lege agere potest; actio nihil aliud est quam jus perseguendi iudicio quod sibi debetur*) somente era possível porque o cidadão estava em busca da defesa dos mais nobres e importantes posses e valores da sociedade²¹.

A ausência de embasamento da noção de Estado era contrabalanceada por uma ideia geral de povo e nação romana. Da interrelação dessas ideias o cidadão se posicionava frente à coisa pública em sua certeza de que esta pertencia a cada um dos cidadãos romanos. Nesta senda, qualquer cidadão se colocava em posição de legitimado a demandar em juízo em defesa dessa universalidade indivisa e a iniciativa dos cidadãos a tutelar os interesses daquela coisa pública comum indivisa sempre foi bem recebida.

Assim, apesar de a ação romana ter com preceito a legitimação ordinária, eis como delineada nos dias atuais no art. 6º do CPC, havia a possibilidade de se excepcionar na hipótese de ação popular, já que o cidadão demandante pleiteava a defesa dos mais altos interesses do povo com fins altruístas. Eis o que se traduz do

¹⁸ AZEVEDO, Luiz Carlos de; TUCCI, José Rogério Cruz e. Lições de história do processo civil romano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 55.

¹⁹ AZEVEDO, Luiz Carlos de; TUCCI, José Rogério Cruz e. *op. cit.*, p. 55.

²⁰ *Eam popularem actionem dicimus, quae suum ius populi tuetur.* ALVES, José Carlos Moreira. Direito romano. 5ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983, p. 1.

²¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação popular. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 28.

brocardo *Reipublicae interest quam plurimus ad defendam suam causa* - interessa à República que sejam muitos os defensores de sua causa²².

No período da *per formulas* (introduzido pela *lex Aebutia* 149 -126 a.C. e pela *lex Iulia iudiciorum privatorum* 17 a.C.) houve uma redução na rigidez anterior e aumento do papel do pretor que podia adaptar os procedimentos aos casos concretos. A menor formalidade e o aumento da participação do magistrado no processo geraram maior rapidez em relação ao sistema anterior. Constitui traço marcante do período a retirada do aspecto eminentemente oral em razão da utilização da fórmula do pretor, ou seja, do esquema abstrato contido no edito que era utilizado de paradigma para, realizados os ajustes, ser utilizado no caso concreto²³.

A bipartição do processo persistiu nesse período²⁴. O início do processo se dava na *in ius vocatio*, tendo o autor o encargo de levar o réu ante o magistrado. Não obtendo êxito era autorizado a usar a força, entretanto, o autor acabava propondo uma ação *in factum* contra o réu para que o magistrado o condenasse a pagar multa ou se o réu se ocultasse, o autor poderia requerer imissão na posse dos bens que após autorização poderiam ser vendidos²⁵.

²² MARQUES, José Frederico. As ações populares no direito brasileiro, RT 266, p. 7.

²³ AZEVEDO, Luiz Carlos de; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 47.

²⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Do formalismo no processo civil*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 19.

²⁵ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, v. I, 13. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 216-217.

Superada esta fase, o procedimento continuava ante o magistrado (procedimento *in iure*). Se o magistrado não autorizasse o início do *iudicium* (procedimento *apud iudicem*), o autor poderia recorrer ao Imperador que poderia outorgar o *iudicium*, ou poderia aguardar o término da magistratura pretoriana e o novo pretor. Se por outro lado, o pretor outorgasse o *iudicium*, o procedimento finalizava-se *in iure* com a fixação na *litis contestatio* do momento processual de exaurimento do exercício. AZEVEDO, Luiz Carlos de; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *op.cit.*, p. 98-100.

Assim, uma nova fase se originava, a *apud iudicem*, em que as partes, validado pelo magistrado, elegiam um *iudex* ou um *arbiter*, ou, em caso de decisão colegiada, *recuperatores*. Nesta etapa, eram colhidas as provas que podiam ser colhidas sem quase nenhuma restrição. O *iudex* apresentava sua sentença com natureza condenatória em pecúnia. AZEVEDO, Luiz Carlos de; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *op. cit.*, p. 127.

As fases *in iure apud iudicem* compunham o procedimento ordinário bipartido ou o procedimento formulário, eis que após a escolha do *iudex* pelas partes e a autorização deste pelo magistrado, se preparava a fórmula, documento oficial do magistrado, composta de quatro partes ordinárias: *intentio*, *demonstratio*, *adiucatio* e *condemnatio*, que aprovava o acordo das partes e determinava ao *iudex* que proferisse a sentença. AZEVEDO, Luiz Carlos de; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *op. cit.*, p. 90-95.

A fase *in iure*, que acontecia ante o pretor, se desenvolvia em quatro instantes: i. o início do litígio, que abrangia a *editio formula* e a *in ius vocatio*; ii. a participação processual das partes;

A constituição dos imperadores Constante e Constâncio (342 d. C.) proibiu o procedimento formulário²⁷ empregado em todo o período clássico da jurisprudência romana, eis que paulatinamente os litígios deixavam de ser levados ao *iudex*. O procedimento bipartido foi extinto e o *ordo iudiciorum privatorum* foi reorganizado com a autorização de julgamento, em alguns casos, ante uma única autoridade estatal. Aos poucos o sistema da *cognitio extra ordinem* tornou-se regra e o sistema do *ordo iudiciorum* caiu em desuso mantendo-se assim até os últimos dias do império romano²⁸.

iii. a escolha do *iudex* e preparação da fórmula; iv. a *litis contestatio*. AZEVEDO, Luiz Carlos de; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *op. cit.*, p. 79-88.

A parte podia a qualquer tempo alegar nulidade da sentença por meio da *revocatio in duplum*, entretanto, se esta não fosse provada, o sucumbente era condenado ao dobro da quantia devida. Em caso do fundamento do pedido de nulidade fosse de manifesta gravidade, o interessado poderia valer-se da *restitutio in integrum* para obstar os efeitos oriundos da sentença. AZEVEDO, Luiz Carlos de; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *op. cit.*, p. 128-129.

²⁶ Ultrapassado o processo de conhecimento e sendo a sentença de natureza condenatória as partes compareciam diante do pretor e o autor lembrava a condenação proferida e afirmava não estar ainda pago. Por conseguinte, da condenação sucedia a obrigação de cumprir a decisão no prazo de trinta dias. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do executado: oposições de mérito no processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 05.

Em não cumprindo, o processo formulário autorizava três modalidades de execução: a) *actio iudicati*, que substituiu a *manus iniectio* - esta lei primitiva e severa previa a morte do devedor caso não saldasse a dívida ele próprio ou outrem.; b) a execução sobre todo o patrimônio do devedor (*bonorum venditio*); c) a execução patrimonial apenas sobre a parte suficiente para saldar a dívida (*distractio bonorum*).

A *actio iudicati* não divergia do processo cognitivo antecedente e findar na fase *in iure* se o réu confessasse o inadimplemento da sentença, cumprisse a condenação e resolvesse o litígio, se por outro lado, não cumprisse a decisão o magistrado autorizava a execução de sentença.

Pode, ainda, o réu opor-se à condenação e defender-se por meio da *infitiari* na *actio iudicati*, ou, por iniciativa do condenado, exercendo a *revocatio in duplumi*, numa espécie de ação rescisória. Para tanto, deveria oferecer garantias para o cumprimento da obrigação no caso de improcedência de sua defesa, passo seguinte, escolhido o *iudex* na fase *apud iudicem* examinava a argumentação do réu. Caso não prosperasse a nova sucumbência corresponderia ao dobro da primeira. A execução da sentença era autorizada sobre a pessoa do réu ou sobre seus bens. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, v. I, 13. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 226-227.

Na hipótese de execução recair sobre os bens, o magistrado, no uso do seu poder de *imperium* podia permitir ao credor se imitar na posse do patrimônio do devedor (*amissio in bona rei servandae causa*). Seria nomeado um administrador provisório de bens (*curator bonis servanda et admistrandis*) se houvesse a pluralidade de credores. Para evitar a execução sobre a totalidade do patrimônio do devedor foram criadas alternativas (*bonorum venditio, bonorum cessio, bonorum distractio*), que autorizavam venda àquele que oferecesse o melhor preço apenas dos bens suficientes à satisfação dos débitos. AZEVEDO, Luiz Carlos de; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 134-136.

²⁷ AZEVEDO, Luiz Carlos de; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *op. cit.*, p. 74-75.

²⁸ A *cognitio extra ordinem* diferenciou-se do procedimento ordinário (formulário) no aspecto de que neste a nomeação do *iudex* pelo magistrado era obrigatória, enquanto no período que se

O período da *cognitio extra ordinem*, foi marcado pelo processo de organização do sistema processual realizado por Otaviano Augusto. O pretor atuava como aplicador da vontade do príncipe, expressão da supremacia política. Foi adotado um novo procedimento com a outorga de maior autoridade ao pretor e menor formalismo, bem como criada uma estrutura hierarquizada na função jurisdicional. Isso permitiu à parte insatisfeita com a decisão provocar o reexame desta por uma suprema autoridade, com a *appellatio*, o que acabou por proporcionar o emprego do direito de uma forma homogênea em toda a jurisdição romana²⁹.

Quanto ao procedimento, a citação passou a ter caráter público o que permitiu a punição da contumácia das partes³⁰. A pretensão era livremente valorada pelo pretor que não estava mais adstrito à fórmula rígida dos períodos anteriores. Havia a possibilidade de emendar, modificar ou omissões na demanda. Na *exceptio* o réu poderia açambarcar em sua defesa matéria processual e material. A sentença se tornou um dispositivo emanado de um órgão estatal imperativo e vinculante e no processo de execução criou-se a limitação quanto aos bens suficientes para liquidar o débito³¹³². Todos estes aspectos foram incorporados pela *actio popular* e acabou por trazer maior efetividade e destaque em seu uso.

Em todos os períodos vários direitos já eram assegurados aos cidadãos que, apesar da ausência de Estado e da falta de autonomia do direito processual perante o direito material, podiam propor uma ação popular em defesa da *res publica*. Desta forma, permitia-se que cada cidadão romano, individualmente, resguardasse um bem

sucedeu era uma faculdade. Na *cognitio extra ordinem*, o acordo entre as partes quanto a escolha do *iudex* não era mais obrigatório, também é possível prolatar a sentença em revelia. A oralidade era a regra da *extraordinaria cognitio* e a condenação em valor pecuniário deixou de ser a única forma, eis admitiu-se a condenação *in natura*.

²⁹ AZEVEDO, Luiz Carlos de; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *op.cit.*, p. 142.

³⁰ Dada a citação, ante o magistrado o autor expor sua pretensão (*petitio*), e o réu sua defesa. Na *litis contestatio* era determinado o *thema decidendum* composto pela *narratio* e pela *contradictio*. Na instrução probatória o magistrado poderia utilizar-se de todos os meios que contribuíssem com o de seu convencimento. Prolatada a sentença, dispositivo imperativo e vinculante emanado por órgão estatal, eivada de alguma injustiça substancial poderia ser discutida por meio de *appellatio*.

³¹ AZEVEDO, Luiz Carlos de; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 144-150.

³² Na execução do julgado de uma condenação pecuniária manteve-se o procedimento da *actio iudicati*. Não adimplindo a condenação procedia-se à penhora em razão do julgamento (*pignus ex causa iudicati captum*), realizada por funcionários estatais (*apparitores* ou *executores*). A penhora deveria obedecer uma ordem: primeiro os bens móveis e semoventes e, se não bastassem para adimplir a dívida, os bens imóveis e, então, direitos. Sendo execução para restituição, após o prazo dado ao vencido, poder-se-ia utilizar a força (*manu militari*).

ou interesse coletivo (*universitas pro indiviso* como a *res sacrae* e a *res publicae*³³) eis que o conjunto de cidadãos e, por conseguinte, cada um deles individualmente era sujeito dos direitos que derivavam da sociedade³⁴.

São várias as espécies de ações populares para a defesa da coisa pública e várias delas tinham natureza penal e resultavam em sanções pecuniárias, comparáveis aos objetivos das atuais ações cominatórias e aos interditos proibitórios³⁵.

José Afonso da Silva faz uma descrição de várias ações populares romanas com a identificação do objeto público tutelado por cada uma: *de sepulchro violato*, editada pelos pretores para defesa dos sepulcros violados ou de *res sacra*; *de positis et suspensis*, para defesa dos transeuntes contra objetos a beira de sacadas ou telhados; *de albo corrupto*, para defesa do edito do pretor contra adulterações; *de aedilitio edicto et redhibitione et quanti minoris*³⁶, que alcançava o patamar popular quando instrumentalizada pelo edito de *bestiis*, para defesa do público contra animais perigoso em lugares de grande circulação; *de termino moto*, para manutenção das demarcações de terra com a proibição da retirada das pedras responsáveis por este feito; *de tabulis*, para obrigar o herdeiro a aguardar apuração da responsabilidade daquele que tinha a obrigação de defender o testador morto de forma violenta; *assentio in libertatem*, para obtenção da liberdade de um escravo; *de homine libera exhibendo*, para reclamar a exibição do homem livre detido ilegalmente; *de collusione detegenda*, para propositura em caso de conluio entre escravos ou libertos e donos para declará-los como nascidos livres; *accusatio suspecti tutoris, vel curatoribus*, visava amparar tutelados e curatelados; *ad pias causas*, proteção as obras pias contra os bispos ou arcebispos negligentes³⁷.

Como vemos, o objeto das *actiones populares* era amplo, eis que não apenas abarcava os interesses individuais que se projetavam na esfera pública, mas também, englobava os interesses coletivos na acepção moderna no que se refere à defesa da moralidade administrativa³⁸. A ação popular permitia aos romanos controlar os atos de

³³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *op.cit.*, p. 27.

³⁴ SILVA, José Afonso da. *Ação popular constitucional: doutrina e processo*. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 19.

³⁵ *Actio poenalis*. Constitui uma classificação das ações, quanto ao seu fim. SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. 19ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, v.1.

³⁶ Usado para reivindicar a diferença entre o preço de venda e o valor da coisa no momento do contrato de venda.

³⁷ SILVA, José Afonso da. *op. cit.*, p.16-20.

³⁸ BIELSA, Rafael. A ação popular e o poder discricionário da administração, RF 157/37.

gestão dos homens públicos a fim de zelar pela ordem pública, pelo uso público, pelas liberdades públicas e pela moralidade das autoridades para que respeitassem a coisa pública. Este legado democrático dos romanos possibilitava aos cidadãos fiscalizar os atos das pessoas de Estado permitindo a manifestação direta da democracia participativa e provavelmente, por isso, não prosperou no decorrer da Idade Média.

Outros institutos foram erigidos, com base no poder de império do pretor e na equidade, que resguardassem direitos não abrangidos pelo regramento taxativo. Os interditos consistiam em ordens emanadas pelo magistrado, a requerimento do autor, após sua breve averiguação dos fatos, para impor um fazer ou não fazer. Baseava-se na autoridade do pretor, em seu poder de *imperium*, para acabar com a disputa entre os cidadãos, como foco na proteção da ordem pública³⁹.

Vários outros interditos que eram utilizados por *ciuvis* e pelo *populo* em defesa da *res publicae* também podem entrar no elenco de ações populares, tais como: *ne quid in loco sacro fiat*⁴⁰, *ne quid in loco publico vel itinere fiat*⁴¹, *de via publica et itinere publico reficiendo*, *ne quid in flumine publico fiat*^{42 43}.

O interdito era ato formal preliminar que permitia que a tutela jurisdicional fosse alcançada de forma mais rápida, por isso, continha um caráter social importante e revelava seu caráter público eis que possibilitava resoluções práticas mais efetivas. A

³⁹ AZEVEDO, Luiz Carlos de; TUCCI, José Rogério Cruz e. Lições de história do processo civil romano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 112.

⁴⁰ Previsto no D. 43.1.2.1 - Paulus 63 ad ed. o interdito era da competência da lei ou do divino sobre religião ou causa dos homens, para "que nada fosse feito em um lugar sagrado" ou "restaurar o que tenha sido feito", contra uma ofensiva a um túmulo ou edifício. Os homens tinham competência, no interesse público, para proteger o bem público, com o direito a uma liminar "a fim de ser autorizado a fazer uso da via pública", de "um rio público", de "um caminho público que estava sendo feito": mostrando os seus direitos para proteger a causa das crianças, e também de um liberto.

"Interdicta autem competunt vel hominum causa vel divini iuris aut de religione, sicut est" *ne quid in loco sacro fiat* vel "quod factum est restitatur" et de mortuo inferendo vel sepulchro aedificando. hominum causa competunt vel ad publicam utilitatem pertinentia vel sui iuris tuendi causa vel officii tuendi causa vel rei familiaris. publicae utilitatis causa competit interdictum "ut via publica uti liceat" et "flumine publico" et "ne quid fiat in via publica": iuris sui tuendi causa de liberis exhibendis, item de liberto exhibendo: officii causa de homine libero exhibendo: reliqua interdicta rei familiaris causa dantur."

⁴¹ Previsto no D. 43.8.1- Paulus 64 ad ed. dispunha que por liminar proposta era possível proibir a construção em um lugar público.

"In loco publico praetor prohibet aedificare et interdictum proponit."

⁴² Previsto no D. 43.11.1pr. - Ulpianus 68 ad ed. o pretor dizia que a menos que se abra o caminho para o estado reconstruir deve intervir o público permitindo.

"Praetor ait: "quo minus illi viam publicam iterve publicum aperire reficere liceat, dum ne ea via idve iter deterius fiat, vim fieri veto"."

⁴³ SILVA, José Afonso da. *op.cit*, p. 20-21.

celeridade dos interditos compreendia na autorização do magistrado obrigar o cumprimento de determinado fazer ou não fazer após um breve conhecimento dos fatos, dispensado o procedimento bipartido nas etapas *in iure* e *apud iudicem*⁴⁴.

O *praetor* tomava como verdadeiros os fatos alegados pelo autor solicitante da ordem e, após o conhecimento sumário das situações de fato alegadas (*ascertamento sommario*) buscava a justiça para o caso concreto⁴⁵. No Edito deveriam ser registradas as fórmulas dos interditos que eram vinculativas e redigidas sob a base de circunstâncias concretas.

Se as partes concordassem com a deliberação do magistrado, não subsistiria a causa que teria alcançado seu fim de forma mais concisa. Por outro lado, se a parte não obedecesse a ordem, não haveria mais a celeridade do procedimento interdital⁴⁶. A contestação do demandado recaía na demonstrando da inexistência ou da inexatidão dos fatos alegados.

Os interditos foram muito utilizados eis que o *ius civile* não previa tutelas jurídicas para todas as todas as situações fáticas possíveis, por isso, eles permitiam ao *praetor* sob o manto da *aequitas* e da equidade, buscar novas soluções aos casos concretos para manutenção da ordem pública⁴⁷.

Vittorio Scialoja⁴⁸ divide os procedimentos quanto ao critério de “perigo” que a atuação do demandado possa representar. Este estaria ausente se após o interdito

⁴⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. O procedimento interdital como delineador dos novos rumos do direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, n. 97, São Paulo, 2000, p. 234.

⁴⁵ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, v. I, 13. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 235.

⁴⁶ Neste caso a primeira parte do procedimento era finalizando com a identificação da desobediência. Em segundo ato, as partes retornavam ao tribunal e “apostavam”, obrigavam-se a pagar a outra parte uma soma em dinheiro provado não ter razão. As fórmulas prontas eram levadas à análise do *iudex*. Este procedimento constituía uma mescla dos processos formulário e *cognitio extra ordinem*.

Com a codificação de Justiniano, os interditos passaram a considerados exclusivamente como *cognitio extra ordinem*, e foram equiparados às ações. Já as Institutas de Gaio apresentaram um trabalho organizado claro e, portanto, apresentava o regime interdital clássico - mesclado.

⁴⁷ O procedimento mais simplificado dos interditos originava-se com a *postulatio interdicti*, onde o autor solicitava ao *praetor* a emanção de uma ordem. Após a análise sumária do relato denegaria a ordem se interpretasse como sem fundamento o pedido, ou ao invés concederia a ordem para proteção da situação fática. Poderia, ainda, adaptar o interdito a um caso semelhante, autorizando um interdito *ad causam*. Se as partes aceitassem a emanção, finalizava-se o interdito, entretanto, no caso de inobservância, o interessado deveria propor uma *actio ex interdicto*. AZEVEDO, Luiz Carlos de; TUCCI, José Rogério Cruz e. *op.cit.*, p. 114-115.

⁴⁸ SCIALOJA, Vittorio. *Procedure civile romana*. Exercizio e difesa dei diritti. Milano-Roma: Anonima Romana Editoriale, 1935, p. 235-236.

emanado pelo *praetor*, a parte passiva requeria, em seguida, um árbitro e uma fórmula arbitral para resolver o conflito⁴⁹.

Por outro lado, se o réu não requeria o árbitro, o procedimento com perigo continuava via as *sponsiones*, onde ambas as partes se comprometiam a uma soma em dinheiro em caso de não restar provada sua pretensão ou defesa, ou seja, além do objeto principal propriamente discutido, estipulava-se o pagamento da *sponsio* e da *restipulatio* a título de sanção⁵⁰.

Na tricotomia clássica dos interditos, observamos os proibitórios, que veiculavam uma proibição de violação pela vontade privada; os restitutórios, que traziam uma ordem para restituir; e os exhibitórios, que encerravam uma ordem para pôr a vista algo⁵¹. Dentre esses interditos vale destacar como exemplo *interdicta retinendae possessionis*, *missio in possessionem* e *restitutiones in integrum*.

A *interdicta retinendae possessionis*, criada inicialmente para a proteção da posse da propriedade conquistada, poderia ser utilizada para garantir a ordem pública de perturbações. O particular poderia solicitar ao pretor uma ordem de coação indireta que, se concedida, possuía caráter cautelar⁵². À outra parte inconformada havia a possibilidade de propor a *actio ex interdicto*. Corresponde à atual ação de manutenção de posse, com o foco de findar a turbação, decorrente da frustração ao regular exercício da posse por meio de violência, clandestinidade ou precariedade.

Este interdito pode assumir o caráter coletivo quando produzam seus efeitos em prédios públicos ou privados⁵³. Atentado e este enfoque do interdito o CPC autoriza, no art. 82, o Ministério Público a intervir em ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte.

⁴⁹ O *praetor* nomeava o árbitro e produzia o *arbitratus*. O réu podia cumprir a ordem e encerrar o litígio ou, do contrário, o magistrado poderia imputar-lhe uma condenação pecuniária pelo valor da coisa. Esse procedimento era vantajoso à ambas as partes, pois não corriam o risco de penalização caso perdesse a lide.

⁵⁰ SCIALOJA, Vittorio. *Procedura civile romana*. Esercizio e difesa dei diritti. Milano-Roma: Anonima Romana Editoriale, 1935, p. 237-238.

⁵¹ KASER, Max. *Direito privado romano*. Trad. Samuel Rodrigues Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Fundação Calouste Gulenian, 1999, p. 463.

⁵² AZEVEDO, Luiz Carlos de; TUCCI, José Rogério Cruz e. Lições de história do processo civil romano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 112.

⁵³ Neste sentido a Lei n.º 11.365/96 do Estado de Pernambuco autoriza em seu art. 1.º o uso da força policial a atuar em medidas possessórias que produzam seus efeitos coletivos em prédios públicos ou privados, com acompanhamento na operação do representante do Ministério Público.

A *missio in possessionem* consistia na autorização dada pelo pretor para a imissão na posse de bens de uma pessoa por um terceiro (*curador bonorum*) com deveres-poderes de depositário no andamento da demanda ou para a expropriação por meio da *honorum vendito*⁵⁴. Sebastião José Roque vê traços do síndico nomeado no processo de falência no curador bonorum eis que a entrada na posse dos bens do devedor (a *missio in possessionem*) transfigura em uma primitiva arrecadação⁵⁵.

O *restitutio in integrum* era utilizado na restituição das partes à situação anterior ao negócio jurídico legal firmado quando atingidas por resultados negativos originárias deste. Era admitida quando presente os requisitos: dano originado do ato jurídico; justa causa para a emenda e não inexistir outra forma prevista para amparar do direito violado.

Apoiados no primado acima o Superior Tribunal de Justiça decidiu favoravelmente ao pedido de reparação civil por atraso de vôo, com amparo no CDC, julgando que a indenização não deve ter por base a Convenção de Varsóvia, porquanto a defesa do consumidor tem regra própria. O ponto principal de tal decisão residiu no fato de que o dever de indenizar no CDC é o da completa reparação⁵⁶.

Inexiste consenso quanto à natureza jurídica dos interdictos. Uma parte da doutrina⁵⁷ defendia seu caráter jurisdicional eis que não se pode negar este aspecto pelo fato de o pretor, neste caso, exprimir apenas ordens e proibições e não uma decisão com o julgamento definitivo da lide. Outros⁵⁸ seu caráter mais administrativo do que judicial eis que os pretores produziam ordens de cunho preventivo por meio de um decreto, e não, com um *iudicium*, de acordo com sua discricionariedade demonstrando seu poder de império para maior celeridade ao processo.

⁵⁴ FUX, Luiz. *Tutela de segurança e tutela da evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 165.

⁵⁵ ROQUE, Sebastião José. *Direito de Recuperação de empresas*. São Paulo: Ícone, 2005. p. 82

⁵⁶ REsp. nº 235678-SP 1999/0096670-8. Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento: em 01/12/1999. Publicada em: 14/02/2000. “O dano moral decorrente de atraso em viagem internacional tem sua indenização calculada de acordo com o CDC.” Decisão unânime da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça que decidir em favor do passageiro. A turma acompanhou o relatório do ministro Ruy Rosado de Aguiar que entendeu que a limitação do valor de indenização estipulada em convenções internacionais sobre transporte aéreo está em desacordo com o Decreto 2.681 de 1912 que definiu os princípios da responsabilidade civil do transportador. “Mudaram as condições técnicas de segurança do vôo e também se modificaram as normas que protegem o usuário dos serviços prestados pelo transportador”.

⁵⁷ SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. *Decisões interlocutórias e sentenças liminares. Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 08-17.

⁵⁸ SCIALOJA, Vittorio. *op. cit.*, p. 312

No decorrer do período de transição entre a república e monarquia absolutista, Roma esteve sujeita ao maior número de fontes de direito. Com a instauração definitiva da monarquia absolutista por Dioclesiano e aprimorada por Constantino esteve vigente apenas a constituição imperial, o costume e as normas que não tivessem sido revogadas. Para sanar os problemas criados pelo elevado número de constituições imperiais foram elaboradas compilações pré-justinianéias⁵⁹.

Pouco após assumir o poder Justiniano ordenou a compilação das constituições imperiais vigentes que foi denominada *Nouus Iustinianus Codex* e dos *iura* (fragmentos das obras dos juristas clássicos) com a obra final denominada *Digesto* ou *Pandectas*. Determinou a organização de um manual escolar aos estudantes de direito que foi intitulado *Institutas* e editou constituições imperiais para introduzir algumas modificações que receberam o nome de *Nouellae*. O fruto dessas obras que atualizaram e sistematizaram os textos vigentes à época foi uma das obras mais emblemáticas da história do Direito, o *Corpus Iuris Civilis* (Corpo do Direito Civil)⁶⁰. Na compilação realizada a previsão da *actio popularis* se manteve e continuou perpetuar sua influência até a contemporaneidade.

Em toda a época de escuridão, onde reinou o autoritarismo, houve o declínio do direito romano que remanesceu apenas como ensinamento de noções jurídicas imperfeitas. A dominação bizantina foi passageira e logo os lombardos haviam conquistado toda a península itálica.

No século XI Irnério cria a fundação da Escola dos Glosadores que traz nova dinâmica ao estudo jurídico e propaga o conhecimento do pensamento jurídico como teoria e prática. Por conseguinte, faz com que o direito romano ressurgisse com o foco de constituir ponto de reforço à luta dos partidários do Papa contra o imperador da

⁵⁹ ALVES, José Carlos Moreira. *op. cit.*, p. 41-44.

⁶⁰ MARQUES, Mário Reis. *História do direito português medieval e moderno*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 24.

⁶¹ Com a morte do imperador desenvolve-se no Oriente o direito bizantino, eis que a língua latina aos poucos cai em desuso e a própria coordenação entre os quatro livros do *Corpus Iuris Civilis* apresentava dificuldades diante da cultura jurídica da época. ALVES, José Carlos Moreira. *op. cit.*, p. 55-44

Neste momento não é possível vislumbrar o instituto de modo específico, são pontos fortes a influência do cristianismo que traz a intervenção divina na edificação do Direito e na concretização da justiça. DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Trad. Hermínio A. Carvalho. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 30.

Por algum tempo o direito erudito foi suplantado pelo costume aplicado por determinações de líderes ou da vigência da vontade do mais forte. Entretanto, a Igreja Católica por intermédio de Santo Tomás de Aquino harmonizou a doutrina cristã com o direito e criou o *Corpus Iuris Canonici*, inspirado no *Corpus Iuris Civilis*. DAVID, René. *op. cit.*, p. 33-34.

Alemanha e meio de suplantação da instabilidade entre a evolução econômica da Itália e as tímidas normas jurídicas⁶².

As glosas (notas interlineares ou marginais), as sumas (resumos sobre compilação justinianéia) e os aparatos (comentários) editados pelos glosadores transformaram o *Corpus Iuris Ciuilis* compreensível aos juristas medievais e fonte do direito privado moderno.

Os pós-glosadores ou também chamados comentadores substituíram os glosadores, apesar de não haver antagonismo entre estes, de forma a tornar a interpretação da codificação de Justiniano, realizada por estes, aplicável e adaptável às necessidades e normas já vigentes à época. Substituíram as glosas por longos comentários comparativos sobre as regras do direito romano, do direito canônico e dos direitos locais criando, assim, princípios gerais que deveriam ser aplicados na solução dos conflitos, o direito comum⁶³.

Surgiu na renascença outro modo de estudo do *Corpus Iuris Ciuilis* com a Escola humanista, culta ou elegante formada por pessoas cultas conhecedoras do grego e do latim. Tinham como propósito o estudo do direito romano como direito histórico, separando a teoria e a prática no estudo do direito romano e reaver o direito romano clássico⁶⁴.

Em oposição se levantaram jurisconsultos na Europa com a análise de implantação do direito romano na prática. No intento também de separar a prática e a teoria, mas de forma mais suave, surge nos séc. XVII e XVIII a Escola Holandesa⁶⁵.

Em igual período os partidários da Escola do Direito Natural, Escola Naturalista, ou também Jusnaturalista, inspirados nos ideais iluministas, apregoavam pela codificação do direito que deveria manter os institutos do direito romano que se harmonizassem com a razão natural das coisas⁶⁶.

Em outra mão, no início do século XIX a Escola Histórica Alemã abordou o direito romano como um resultado histórico fruto do fenômeno social. Defendiam o estudo das origens históricas desvinculadas do direito natural.

⁶² ALVES, José Carlos Moreira. *op. cit.*, p. 57-58.

⁶³ ALVES, José Carlos Moreira. *op. cit.*, p. 59.

⁶⁴ ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de Direito Romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 116.

⁶⁵ ALVES, José Carlos Moreira. *op. cit.*, p. 60.

⁶⁶ ROLIM, Luiz Antonio. *op. cit.*, p. 117-118.

No fim do século passado, com o neo-humanismo contemporâneo reaparece a tendência do estudo do direito romano como direito histórico pesquisando as interpolações para determinar o desenvolvimento de vários institutos jurídicos romanos no direito clássico e no direito justiniano⁶⁷, reaparece neste momento a importância do estudo da *actio popularis*.

Das descobertas de papiros em escavações tem a papirologia jurídica, trazido o direito aplicado na prática na antiguidade, não apenas o romano, como também o grego, o egípcio, o oriental o que tem possibilitado estudar a influência desses direitos sobre o romano, em especial na ação a que se detém o presente estudo⁶⁸.

1.3 Direito medieval – desenvolvimento da tutela coletiva

Parte da doutrina leciona que na Idade Média a ação popular não obteve muito êxito eis que a relação entre o cidadão e o Estado não teve continuidade nos séculos obscuros de predominância do autoritarismo feudal, das monarquias absolutistas e da religiosidade ambígua⁶⁹.

Não se desenvolveu a prática democrática da cidadania por meio da ação popular na era medieval já que no período as barbaridades cometidas na corrida sem escrúpulos pelo poder político e econômico não incentivava, e, pelo contrário, desestimulava.

Entranto, como veremos adiante, Stephen C. Yeazell e Edward Peters vão de encontro a essa ideia ao escrever a origem e desenvolvimento dos processos coletivos na Inglaterra medieval (século XII).

⁶⁷ ALVES, José Carlos Moreira. Direito Romano. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 61.

⁶⁸ PACCHIONI, Giovanni. *Corso di Diritto Romano*. Torino, Unione Tipografico, volume primo, seconda edizione completamente rifatta ed ampliata, 1918, p. CCXXVII.

⁶⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Popular. p. 38.2ª.ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996, p. 45.

1.3.1 O processo coletivo na Inglaterra

Na Inglaterra, até 1873, subsistiu um sistema dual baseado no direito *common law* e na equidade - *law of equity*. O mesmo ocorreu nos EUA no período colonial e após a independência, em 1776. O sistema da *common law* era aplicado nas disputas de ordem pecuniária e indenizatória enquanto os pedidos declaratórios, injuntivos e mandamentais eram regulados pelo sistema da *equity*⁷⁰. A *equity* é mais flexível e informal, suprindo as lacunas do *common law*.

A *court of chancery* (tribunal de equidade) era um tribunal especial encarregado de aplicar a *equity* e ajustar as regras para os fatos não previstos adequadamente pelo direito da *common law*.

As *courts of law* eram encarregadas de aplicar o *common law* e não admitiam o litisconsórcio facultativo e voluntário, formado pela identidade de questões eis que poderiam gerar complicações no julgamento pelo júri. Nos EUA, não havia essa dualidade de tribunais e a aplicação se dava por um mesmo Tribunal, com exceção de quatro Estados.

Ao contrário das *courts of law*, as *courts of chancery* exigiam a intervenção de todas as partes interessadas no julgamento, sob pena de extinção do processo, com o foco de impedir a propositura de inúmeras ações com o mesmo objeto, de se julgar uniformemente a questão e concretizar uma justiça completa.

Após um panorama da organização judiciária podemos observar que doutrina tradicional norte-americana defende que a origem remota das ações coletivas reside no *bill of peace*; já Stephen C. Yeazell contraria esse pensamento ao apresentar a genealogia e desenvolvimento dos processos coletivos na Inglaterra medieval (século XII). Por fim, Edward Peters, escreve em seu artigo sobre um caso ainda mais remoto, o “caso da vila francesa”. Procuraremos analisar cada uma das teorias para melhor aprofundamento do trabalho⁷¹.

Começamos com a teoria de Edward Peters, há relatos que em 1179 houve um caso de ação civil pública que envolveu os aldeões da vila Rosny-Sous-Bois – França

⁷⁰ GIDI, Antônio. A *class Action* como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada. RT. 2007, p. 40-47.

⁷¹ YEAZELL, Stephen C. From medieval group litigation to the modern class action. New Haven and London: Yale University Press, 1987.

que reivindicavam o fim de suas condições de servos. O caso durou cerca de 47 anos e, em 1226 houve a prolação favorável aos que permaneceram no processo com a possibilidade de compra da liberdade desde que não formassem uma comuna. O Edward Peters cita este caso como sendo possivelmente o primeiro caso de ação coletiva, todavia, salienta que o Direito Canônico merece ser investigado, pois neste não havia preocupação com a legitimidade para agir dos grupos litigantes, mas apenas com o mérito das causas⁷².

Yeazell analisa em seu livro as posições de Pollock, Maitland e Cam quanto à existência de litígios em que grupos medievais figuravam como parte. Para Cam esses grupos figuravam como personalidade jurídica dentro e fora da corte e não como grupo com representantes que falavam pelos demais⁷³.

Na Inglaterra medieval era comum as coletividades de fiéis (*parishers*), vigários (*parsons*), corporações de ofício (*frankpledge*), que interagiam com outras comunidades e indivíduos por meio de representante. Dessas relações podiam surgir disputas, como por exemplo, em conflitos a respeito da gestão e uso dos feudos entre os aldeões (*villagers*) e os senhores (*lords*).

Yeazell menciona o caso *Martin v. Paroquianos de Nuthamstead* como o primeiro caso de ação coletiva ocorrido em 1199 (posterior ao relatado por Peters) proposto pelo vigário (*rector*) pleiteando taxas paroquiais contra quatro de seus paroquianos – representantes dos demais. O professor da Universidade da Califórnia cita ainda em seu trabalho um caso ocorrido em 1256 onde três aldeões demandaram, em nome próprio e em nome de toda comunidade de Helpingham, em face de dois aldeões, da comunidade de Donington e contra quatro aldeões da comunidade de Bykere por falha no auxílio no conserto dos diques locais⁷⁴.

Mesmo diante dos poucos dados a respeito desses casos é possível observar que a preocupação primordial incide sobre o mérito da causa e não sobre a legitimidade, pois não se questiona, por exemplo, se os aldeões poderiam ou não indicar somente alguns aldeões para defender os demais membros da comunidade. O comum era a participação dos grupos com base no *status* social, onde a relação entre os membros de um grupo e entre estes grupos com outros eram baseados nos costumes e não em lei.

⁷² PETERS, Edward M. Stephen C. Yeazell, From medieval group litigation to the modern class action. In *The American Journal of Legal History*, v. XXXIV, n. 4, 1990, p. 429-431.

⁷³ YEAZELL, Stephen C. *op. cit.*, p. 26-30.

⁷⁴ YEAZELL, Stephen C. *op. cit.*, p. 38.

Nestes casos leva-se a juízo, portanto, direitos de uma comunidade e, por isso, não constitui em um verdadeiro meio de economia processual com a reunião de processos originariamente individuais. Tal fenômeno é compreensível visto que na Idade Média inexistiu a entidade abstrata do indivíduo que somente tomou contornos a partir das revoluções liberais.

Com o passar dos anos essa forma de defesa dos interesses coletivos diminuiu e a tutela meramente individualista aumenta de forma que, no século XVII, torna-se procedimento especial admitido por meio do *bill of peace*. O instituto foi criado diante da necessidade e conveniência de se julgar de maneira uniforme o processo que envolvia um grupo numeroso que impedia ou dificultava o litisconsórcio.

Com base na análise de casos, Yeazell contesta a versão da doutrina contemporânea que define o *bill of peace* como marco inicial das ações coletivas, pois rejeitam as lições dos pesquisadores da Inglaterra medieval. Para esta teoria o direito medieval criou o moderno instituto das ações coletivas (*class action*) e enquadram, analogicamente, as vilas, paróquias como pessoas jurídicas⁷⁵. Aliás, o enquadramento da personalidade jurídica de associações e sociedades e a tutela meramente individualista levaram o *bill of peace* ao declínio o que veremos com maiores detalhes adiante.

Não obstante a defesa dos interesses coletivos ter sido de pouca expressividade na Idade Média constituem importante ponto de estudo, pois criaram uma relação entre as origens romanas e as modernas ações coletivas. Todavia, Yeazell ressalta que há uma imprecisão no nexos entre a *class action* e a *group litigation order* – GLO realizado pelos historiadores americanos, pois se concentram no exame de poucos casos dispersos e não levam em conta que os indivíduos que se uniam em grupo para intentar uma ação não formavam uma categoria processual geral (*general procedural category*)⁷⁶.

⁷⁵ YEAZELL, Stephen C. From medieval group litigation to the modern class action. New Haven and London: Yale University Press, 1987, p. 24.

⁷⁶ YEAZELL, Stephen C. *op. cit.*, p. 220

1.3.2 *Bill of peace*

No decorrer do século XVII esse cenário sofreu alterações eis que continuou o crescente individualismo e a queda da relevância dos grupos na sociedade. Por tudo isso, o sistema de intervenção compulsória (*compulsory joinder* ou *necessary parties rule*) das *courts of chancery*, tornou-se inoportuna eis que em alguns momentos, embaraçava o andamento do processo⁷⁷.

Assim, as *courts of chancery* permitiram exceções à regra da intervenção compulsória, para o terceiro representante defendesse direitos de um grupo de pessoas ligadas por um fato comum. E, em oposição à era medieval os institutos deste período eram reduzidos e exigiam jurisdição especial, desta forma, passou a ser obrigatória autorização expressa para ser representado em juízo⁷⁸.

Aliado a estes fatores, o processo de transformação dos fatos em lei (*customary law*) desestimulou a flexibilização dos grupos com a finalidade de litigar (*group litigation*) e contribuiu para a queda do número de ações coletivas. As ações restantes passaram das cortes da *common law* e se concentraram em duas cortes: *Star Chamber*, com foco em conservar a ordem na terra, e a *Chancery*⁷⁹, atenta à pacificação social e manutenção dos rumos do governo.

Diante da competência da *Star Chamber* em julgar os grupos, todos recorriam a esta corte. Entretanto, ao julgar os direitos dos grupos rurais o entendimento da corte era que a jurisdição era extraordinária e, deste entendimento de exceções necessárias, deu origem a teoria (*doctrines*), atualmente editadas como regras (*rules*)⁸⁰.

⁷⁷ COSTA, Daniel Carnio. Ações coletivas para reparação de danos individuais – uma proposta de interpretação útil em favor da efetividade do processo coletivo. Dissertação. São Paulo: FADISP, 2008, p. 67.

⁷⁸ KENNEDY, John E. Digging for the missing link. From medieval group litigation to the modern class action, by Stephen C Yeazell, in *Vanderbilt law Review*, Nashville, Tennessee, October 1998, p. 1101.

⁷⁹ A *Chancery* era, dentre tantas existentes à época, uma jurisdição que serviu de alternativa às complexas exigências formais ou em caso de flagrante injustiça da decisão da Corte de Westminster – daí o nome de *equity*. DAVID, René e JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *op. cit.*, p. 265-269.

⁸⁰ KENNEDY, John E. Digging for the missing link. From medieval group litigation to the modern class action, by Stephen C Yeazell, in *Vanderbilt law Review*, Nashville, Tennessee, October 1998, p. 1102.

Conforme a doutrina dominante, da outra corte competente para julgar grupos, a *Chancery*, pode-se extrair o antecedente histórico da ação civil pública. O *bill of peace* que consistia na autorização para o julgamento coletivo de uma ação individual diante do pedido do autor de tratamento uniforme dos direitos de todos os envolvidos com a inserção destes no processo. Porquanto, tinha cabimento diante do grande número de indivíduos, o que impedia sua reunião, que partilhavam um interesse comum e, quando as partes nomeadas constituíam representantes adequados⁸¹.

As *courts of chancery* paulatinamente introduziram novos instrumentos processuais específicos de tutela coletiva de direitos, bem como, sedimentaram direitos materiais.

O principal interesse do *bill of peace* era evitar a propositura de diversas demandas e permitir que as partes representativas (*representative parties*) litigassem em favor do grupo⁸². Cabe lembrar que, segundo Yeazell, é possível observar a origem das ações coletivas séculos antes no direito medieval inglês⁸³.

As decisões dessas ações coletivas produziam os efeitos da coisa julgada *erga omnes*, atingindo a todos os interessados, incluindo àqueles ausentes no processo.

Essas ações propostas por grupos nas cortes *Star Chamber* e *Chancery* que foram, aos poucos, sendo substituídas por grupos distintos em sua formação ligados apenas por acontecimentos fáticos ou jurídicos e a representação dos grupos informais passou a ser questionada por não se harmonizar como a ideia jurídica de corporação que surgiu no final da era medieval. Esses grupos eram deixados à deriva, quase na marginalidade, sem possibilidade de prestação judicial.

Diante deste problema a doutrina passou a discutir sobre a possibilidade de representação após a aquiescência dos representados ou sem esta no caso de identificação dos interesses do autor com os interesses dos membros do grupo. Desta contenda nasceu, para substituir o grupo uniforme e harmônico existente, um grupo formado por indivíduos unidos por um interesse comum e sem uma ligação social, a

⁸¹ GIDI, Antônio. *op. cit.*, p. 42.

⁸² CHAFFE, Zechariah *apud* YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven and London: Yale University Press, 1987, p. 24.

⁸³ YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven and London: Yale University Press, 1987, p. 25.

classe, resultado de um processo evolucionário, nominado como a industrialização dos grupos (*the industrialization of group litigation*) por Yeazell⁸⁴.

No caso *Hitchens v. Congreve*⁸⁵, em 1828, duzentos acionistas intentaram ação por fraude contra os promotores (*promoters*) de sua companhia. Este caso é considerado um marco na concretude da nova forma de representação, pois a formação do grupo não mais se baseou no *status* social, eis que o grupo era formado por indivíduos ligados por acontecimentos fáticos ou jurídicos comuns.

Até mesmo essas classes foram se modificando e com isso utilizando cada vez menos as ações coletivas, mas sua inspiração pode ter cruzado o oceano e seu retorno ser observado na interpretação americana no século XX⁸⁶ por meio do aprimoramento gradativo das *Rules* que regem as *class actions*.

1.3.3 Equity rules

A Suprema Corte norte-americana acompanha a teoria de que a *class action* nasceu das exceções à regra da intervenção compulsória praticada pelas *courts of chancery* -tribunal especial encarregado de aplicar a *equity*. Neste sentido, em 1842 foi editada a *Equity Rule 48* para ser aplicada nos casos de *equitable proceedings*.

A *Rule 48* não permitia a extensão dos efeitos da sentença àqueles que não figuravam como parte na ação⁸⁷, entretanto, ela foi afastada no caso *Smith v. Swormstedt*⁸⁸, que discutiu o conflito gerado pela negação da parte dos beneficiários sulistas no fundo de aposentadoria dos missionários, quando a Suprema Corte decidiu aceitar a representação por poucos de um grupo e admitir a vinculação dos ausentes.

⁸⁴ YEAZELL, Stephen C. *op. cit.*, p. 162.

⁸⁵ 4 Russ. & M. 562, 575, 576, 38 Eng. Rep. 917, 222 (Ch. 1828). *Columbia Law Review*. Volume 46, 1946, p. 238

⁸⁶ YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven and London: Yale University Press, 1987, p. 194.

⁸⁷ Exemplo do emprego desta regra encontramos no caso 255 U.S. 356 *Supreme Tribe of Ben Hur v. Cauble et al.* 23 “But in such cases the decree shall be without prejudice to the right and claims of all the absent parties.”Disponível em: <https://bulk.resource.org/courts.gov/c/US/255/255.US.356.274.html>

⁸⁸ *Smith v. Swormstedt*, 57 U.S. 16 How. 288 288 (1853). Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/57/288/>

A necessidade de haver representantes (*representative litigation*) foi sanada em 1912, com a edição da *Equity Rule 38*⁸⁹ que passou a permitir o ingresso de ação ou a defesa do grupo por uma ou mais de uma pessoa e estender os efeitos da sentença àqueles que não haviam sido parte na ação, atendidas algumas condições. Também trouxe em seu bojo os requisitos essenciais da ação: a dificuldade da reunião dos membros do grupo no processo; adequada representatividade da parte que representa o grupo; existência de interesse comum a todos os indivíduos do grupo.

A *Equity Rule 38* vigorou até a edição da *Federal Rule of Civil Procedure – FRCP 23* em 1938 que criou uma modalidade única de *class action* para aplicação não só aos *equitable proceedings* como também para *proceedings at law*⁹⁰. A FRCP 23 traçou as hipóteses de cabimento e classificação com base na natureza do direito deduzido em juízo (*character of the right*) em *true*, quando o direito da categoria era *joint* ou *common*; em *hybrid*, quando os direitos dos indivíduos eram diversos (*several*), mas diziam respeito a apenas um bem ou; em *spurious*, quando os direitos dos integrantes do grupo eram diversos (*several*), mas ligados por uma questão comum de fato ou de direito⁹¹.

Essa classificação influenciava nos regimes jurídicos, em especial aos tipos de provimento jurisdicional que poderiam ser requeridos e à extensão dos efeitos da coisa julgada (*binding effect*): i. na *true class action* os efeitos da coisa julgada da decisão (*claim preclusion*) alcançavam a todos os indivíduos do grupo; ii. na *hybrid class action* os efeitos da sentença se projetavam a todos os membros em relação aos seus

⁸⁹ O Processo Civil em seu capítulo 803. 803.08 que dispõe sobre ações coletivas perante o tribunal de interesse comum ou geral de muitas pessoas ou quando as partes são muito numerosas e pode ser impraticável para trazê-los todos ante ao tribunal, uma ou mais pessoas podem processar ou defender para o benefício de todas, exceto quando nenhuma reclamação possa ser mantida contra o Estado ou qualquer outra parte sob esta seção se o alívio procurado inclui o reembolso ou danos associados a um imposto administrado pelo Estado. Disponível em <http://statutes.laws.com/wisconsin/803/803.08>

⁹⁰ Sua aplicação é vista no caso 485 U.S. 271 *Gulfstream Aerospace Corporation, Petitioner v Mayacamas Corporation*. “The grant or refusal of... a stay by a court of equity of proceedings at law is a grant or refusal of an injunction within the meaning of [the statute.] And, in this aspect, it makes no difference that the two cases, the suit in equity for an injunction and the action at law in which proceedings are stayed, are both pending in the same court, in view of the established distinction between 'proceedings at law and proceedings in equity in the national courts. . . .”

⁹¹ *Cound, Friedenthal, Miller w Sexton* resumem assim as categorias: “A so-called 'true' class action was involved when the class members possessed joint and common interests in the subject matter of the action; a 'hybrid' class action was present when several claims to the same property were being litigated; and what was described as a 'spurious' class action existed when persons possessing independent interests joined together in the suit.” *COUND, FRIEDENTHAL, MILLER E SEXTON. Civil Procedure - Cases and Materials, St. Paul, West Publishing Co., 5ª. ed., 1989, p. 657.*

direitos sobre o objeto da controvérsia; iii. na *spurious class action* os efeitos alcançavam apenas aos participantes do processo⁹².

Apesar dos grandes avanços a *Rule* recebeu críticas quanto ao conteúdo em razão da ausência de condições específicas para o exercício da ação, falta de normatização para averiguação da representatividade adequada e, principalmente, com conceitos obscuros e vagos o que levou a diversas instâncias do Judiciário Americano a classificar uma mesma situação de forma diferente.

Em 1966 a *Rule 23* foi revisada na tentativa de sanar alguns dos problemas apontados. Assim, a atual *class action* poderá ser proposta quando seja difícil a reunião do grupo em um só processo para a defesa de interesses comuns para todo o grupo por um representante do grupo que deverá demonstrar sua adequabilidade e poderá figurar tanto no polo ativo quanto no polo passivo.

Adicionalmente, deverá ainda, observar uma das hipóteses da subdivision (b) que traz várias situações em que ações propostas pelos (ou em face dos) indivíduos possam dar ensejo a situações juridicamente indesejáveis com decisões inconsistentes ou, ainda, caso a ação individual possa surtir um efeito adverso na prática os interesses dos outros membros que devem ser representados na ação judicial.

De acordo com a doutrina norte-americana não é possível nas *class actions* pedido de cunho patrimonial, exceto se esta for a tutela principal. No direito pátrio, ao revés, estas ações podem conter em seu bojo pedido de cunho patrimonial ainda que a tutela principal seja tipicamente mandamental.

No último século o direito processual norte-americano despendeu grande esforço em tentar normatizar as regras para os litígios coletivos, por isso, apesar dos entraves e problemas encontrados nas *Rules*, constituem avanço na normatização das regras a serem aplicadas às ações coletivas.

⁹² TUCCI, José Rogério Cruz e. *Class action e mandado de segurança coletivo: diversificações conceituais*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 26.

1. 4 Outros ordenamentos

Faremos um breve giro por alguns ordenamentos de outros países para permitir uma rápida observação de previsão da tutela coletiva. Será possível notar que há, no mínimo, um país de cada continente que prevê essa forma de tutela de direitos metaindividuais demonstrando a importância do estudo do instituto e sua aplicação no Brasil.

No início do século XIX com a crescente mobilização social e operária na Itália a tendência a substituir a ação individual pela coletiva passou a ser abordada pelos estudiosos⁹³. Apesar desses trabalhos o exame da tutela coletiva somente voltou com entusiasmo nos anos 70 o que levou à realização de congressos em Paiva e Salerno⁹⁴ em 1974 e 1975 respectivamente.

Isso se deu em parte pela sentença nº 253 de 1973, proferida pelo *Consiglio di Stato* que admitiu o recurso da associação *Italia Nostra* para salvaguardar a região do *Lago di Tovel* onde um ato da Província de Trento autorizava a construção de uma auto-estrada. Entretanto, a decisão foi anulada em 1978 pela *Corte Suprema di Cassazione*⁹⁵.

Apesar dessa mobilização o único impacto legislativo foi na legitimação dos sindicatos para pleitear a cessação da conduta antissindical e a eliminação dos seus efeitos conforme disposto no art. 18 da Lei nº 300/1970⁹⁶.

⁹³ BONAUDI, Emilio. La tutela degli interessi collettivi. Torino: Fratelli Bocca, 1911. FERRONE, Ugo. Il processo civile moderno – fondamento progresso e avvenire. S. Maria: Carotta, 1912.

⁹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Appunti Sulla Tutela Giurisdizionale di Interessi Collettivi o Diffusi. Padova: CEDAM. 1976.

⁹⁵ GARABELLO, Adriana (Direzione Segreteria dell'Assemblea Regionale). Class Action. Consiglio Regionale Del Piemonte, 2007. Disponível em <http://www.consiglioregionale.piemonte.it/infoleg/dwd/focus/2007/8class-action.pdf>

⁹⁶ A Lei n. 300, de 20 maio 1970 – Statuto dei lavoratori dispõe em seu art. 28 sobre a repressão della condotta antisindacale regulando que “Qualora il datore di lavoro ponga in essere comportamenti diretti ad impedire o limitare l'esercizio della libertà e della attività sindacale nonché del diritto di sciopero, su ricorso degli organismi locali delle associazioni sindacali nazionali che vi abbiano interesse, il pretore del luogo ove è posto in essere il comportamento denunciato, nei due giorni successivi, convoca le parti ed assume sommarie informazioni, qualora ritenga sussistente la violazione di cui al presente comma, ordina al datore di lavoro, con decreto motivato ed immediatamente esecutivo, la cessazione del comportamento illegittimo e la rimozione degli effetti.

L'efficacia esecutiva del decreto non può essere revocata fino alla sentenza con cui il pretore in funzione di giudice del lavoro definisce il giudizio instaurato a norma del comma successivo.

Em matéria ambiental a Lei nº 349/1986 permitiu as associações intervir tanto em processos judiciais quanto nos processos administrativos⁹⁷.

Em 1996 o Código Civil italiano incorporou as diretrizes contidas na Diretiva 93/13 do Conselho das Comunidades Europeias e legitimou as associações a proporem tutela inibitória para sustar os dispositivos abusivos nos contratos firmados com consumidores⁹⁸.

Contro il decreto che decide sul ricorso è ammessa, entro 15 giorni dalla comunicazione del decreto alle parti opposizione davanti al pretore in funzione di giudice del lavoro che decide con sentenza immediatamente esecutiva. Si osservano le disposizioni degli articoli 413 e seguenti del codice di procedura civile.

Il datore di lavoro che non ottempera al decreto, di cui al primo comma, o alla sentenza pronunciata nel giudizio di opposizione è punito ai sensi dell'articolo 650 del codice penale.

L'autorità giudiziaria ordina la pubblicazione della sentenza penale di condanna nei modi stabiliti dall'articolo 36 del codice penale.”

Disponível em: <http://www.flpdifesa.it/doc/leggi-norme/2007.12.24%20LEGGE%20300-20.05.1970%20aggiornata%20sino%20alla%20Legge%20Finanziaria%202008%20-%20BALDARI.pdf>

⁹⁷ A Legge n. 349 8 luglio 1986 que Istituzione del Ministero dell'ambiente e norme in materia di danno ambientale dispõe em seu art. 13. 1 que “Le associazioni di protezione ambientale a carattere nazionale e quelle presenti in almeno cinque regioni sono individuate con decreto del Ministro dell'ambiente sulla base delle finalità programmatiche e dell'ordinamento interno democratico previsti dallo statuto, nonché della continuità dell'azione e della sua rilevanza esterna, previo parere del Consiglio nazionale per l'ambiente da esprimere entro novanta giorni dalla richiesta. Decorso tale termine senza che il parere sia stato espresso, il Ministro dell'ambiente decide (1).

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

Art. 18. [3. L'azione di risarcimento del danno ambientale, anche se esercitata in sede penale, è promossa dallo Stato, nonché dagli enti territoriali sui quali incidano i beni oggetto del fatto lesivo.] (1)

[4. Le associazioni di cui al precedente articolo 13 e i cittadini, al fine di sollecitare l'esercizio dell'azione da parte dei soggetti legittimati, possono denunciare i fatti lesivi di beni ambientali dei quali siano a conoscenza.] (1)

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

Disponível em: http://www.arpa.emr.it/ravenna/via/download/1_8_7_86.pdf

⁹⁸ O Código Civil Italiano regula no artigo 1469-sexies a Azione inibitoria. Le associazioni rappresentative dei consumatori e dei professionisti e le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, possono convenire in giudizio il professionista o l'associazione di professionisti che utilizzano condizioni generali di contratto e richiedere al giudice competente che inibisca l'uso delle condizioni di cui sia accertata l'abusività ai sensi del presente capo.

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

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

O ordenamento italiano alcança um novo patamar na tutela coletiva em 1998, quando promulga a Lei nº 281, que disciplina os direitos individuais e coletivos dos consumidores⁹⁹.

Na Alemanha a legitimação das associações (*Verbandsklagen*) é autorizada desde 1909 pela Lei contra a concorrência desleal UWG - *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*¹⁰⁰ e disposto também em diversas leis esparsas¹⁰¹, tal como nas Condições gerais do comércio AGBG – *Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* de 1976.

Em Portugal, apesar de a classificação dos interesses difusos ter um tratamento um pouco diverso da brasileira, defende-se, desde 1976 ainda que com

Disponível: http://www.dirittoprivatoinrete.it/articoli%20_1469_bis_ter.htm

⁹⁹ A Legge nº 281, 30 luglio 1998, disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti e regula em seu art. 1. Finalita' ed oggetto della legge.

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

Disponível em: <http://www.camera.it/parlam/leggi/982811.htm>

¹⁰⁰ A Lei contra a concorrência desleal alemã regula a Jurisdição substantiva em seu § 13 estabelecendo que (1) Para todos os casos civis, em que uma reclamação nos termos desta Lei é feita, os tribunais distritais terão jurisdição exclusiva. Aplica-se o § 95 parágrafo 1º, ponto 5 da Lei de Magistratura. (2) Os governos dos Länder estão autorizados a emitir decretos para os distritos de vários tribunais de um país designar um deles como o tribunal para o litígio competição, em caso afirmativo. O judiciário em litígios concorrência, nomeadamente na obtenção de uma única jurisdição, é propício Os governos estaduais podem delegar essa autoridade à Administração de Justiça do Estado.

"§ 13 Sachliche Zuständigkeit (1) Für alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, mit denen ein Anspruch auf Grund dieses Gesetzes geltend gemacht wird, sind die Landgerichte ausschließlich zuständig. Es gilt § 95 Absatz 1 Nummer 5 des Gerichtsverfassungsgesetzes.

(2) Die Landesregierungen werden ermächtigt, durch Rechtsverordnung für die Bezirke mehrerer Landgerichte eines von ihnen als Gericht für Wettbewerbsstreitsachen zu bestimmen, wenn dies der Rechtspflege in Wettbewerbsstreitsachen, insbesondere der Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung, dienlich ist. Die Landesregierungen können die Ermächtigung auf die Landesjustizverwaltungen übertragen."

Disponível em: http://www.gesetze-im-internet.de/uwg_2004/BJNR141400004.html

¹⁰¹ Entre elas podemos destacar os §§ 13 a 22a da Gesetz zur Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – AGB – Lei para o regulamento das cláusulas gerais dos contratos; §§ 12 e 13 da Gesetz über Preisnachlässe – Lei de descontos; § 33 da Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB – Lei contra as Limitações da concorrência ou Lei dos cartéis; no § 135 da Gesetz über den Schutz Von Marken und sonstigen Kennzeichen – MarkenG – Lei da propriedade industrial.

AGB Disponível em: <http://www.gesetzesweb.de/AGB.html>; GWB Disponível em <http://www.gesetze-im-internet.de/gwb/index.html> e Marken G Disponível em: <http://www.gesetze-im-internet.de/markeng/>

algumas alterações, interesses semelhantes em sua Constituição¹⁰². Praticamente vinte anos se passaram para que a legislação infraconstitucional¹⁰³ suprisse a omissão e regulasse o procedimento do direito que já havia sido autorizado constitucionalmente.

Mesmo diante do caráter geral dessa lei, os consumidores ganharam em 1996 um diploma para a defesa de seus interesses que não derogou a utilização da lei anterior, eis que continuaram juntas abarcando as disposições sobre os interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos¹⁰⁴.

Inspirado no movimento de defesa dos interesses coletivos, no mesmo ano, o Código de Processo Civil português legitimou as associações e fundações a defenderem esses interesses¹⁰⁵.

Na França a tutela coletiva de hoje é fruto de um longo processo evolutivo¹⁰⁶. Ainda no século XIX foi abordada pela Lei de 21 de março de 1884 quando legitimou

¹⁰² A Constituição da República portuguesa - CRP em vigor desde 25 de Abril de 1976 prevê em seu art. 52.º o direito de petição e direito de acção popular descrevendo que “1. Todos os cidadãos têm o direito de apresentar, individual ou colectivamente, aos órgãos de soberania, aos órgãos de governo próprio das regiões autónomas ou a quaisquer autoridades petições, representações, reclamações ou queixas para defesa dos seus direitos, da Constituição, das leis ou do interesse geral e, bem assim, o direito de serem informados, em prazo razoável, sobre o resultado da respectiva apreciação.

2. A lei fixa as condições em que as petições apresentadas colectivamente à Assembleia da República e às Assembleias Legislativas das regiões autónomas são apreciadas em reunião plenária.

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

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

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

Disponível em: <https://dspace.ist.utl.pt/bitstream/2295/733025/1/Constituicao%20da%20Republica%20Portuguesa.pdf>

¹⁰³ A Lei nº 83 de 31 de agosto de 1995 regula o direito de participação procedimental e de acção popular. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheDiplomaAprovado.aspx?BID=2380>

¹⁰⁴ A Lei nº 24 de 31 de julho de 1996 estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores. Disponível em: <http://www.anacom.pt/render.jsp?contentId=961638>

¹⁰⁵ O Código de Processo Civil de Portugal disciplinou em seu art. 26-A a legitimidade para propor e intervir nas acções e procedimentos cautelares destinados, designadamente, à defesa da saúde pública, do ambiente, da qualidade de vida, do património cultural e do domínio público, bem como à protecção do consumo de bens e serviços, qualquer cidadão no gozo dos seus direitos civis e políticos, as associações e fundações defensoras dos interesses em causa, as autarquias locais e o Ministério Público, nos termos previstos na lei. Disponível em: http://www.igf.min-financas.pt/inflegal/bd_igf/bd_legis_geral/leg_geral_docs/DL_44129_61_COD_PROC_CIVIL_PARTE_1.htm

os sindicatos a atuarem em juízo¹⁰⁷. Algum tempo depois foram legitimadas as associações nos termos da Lei de 1 de julho de 1901¹⁰⁸. Apesar da disposição, a Corte de Cassação em 1923¹⁰⁹ negou essa legitimidade, posicionamento que foi seguido por muito tempo. Na esfera penal, com a entrada em vigor do Código de processo penal foi prevista na *action civile*¹¹⁰.

Na década de 70, a condição das associações começou a modificar e novas leis foram publicadas confirmando sua legitimidade¹¹¹. Em leis esparsas o

¹⁰⁶ GUINCHARD, Serge. L'action de groupe en procédure civile française. In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 42 n°2, Abril-junho 1990. p. 599-635.

¹⁰⁷ A lei sobre a criação dos sindicatos dispõe em seu artigo 6 o direito de processar aos sindicatos de empregadores ou de trabalhadores: “Les syndicats professionnels de patrons ou d'ouvriers auront le droit d'ester en justice. Ils pourront employer les sommes provenant des cotisations.”

A mesma lei no artigo L2132-3 estabelece esse direito de processar: “Les syndicats professionnels ont le droit d'agir en justice. Ils peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile concernant les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent.”

Disponível em: http://www.ihs.cgt.fr/IMG/pdf/loi_1884.pdf

¹⁰⁸ O artigo 6 dessa lei possibilita que qualquer associação regularmente matriculado pode, sem permissão especial, processar...: “Toute association régulièrement déclarée peut, sans aucune autorisation spéciale, ester en justice, recevoir des dons manuels ainsi que des dons d'établissements d'utilité publique, acquérir à titre onéreux, posséder et administrer, en dehors des subventions de l'Etat, des régions, des départements, des communes et de leurs établissements publics.” Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000006069570&dateTexte=vig>

¹⁰⁹ Chambres réunies le 15 juin 1923, DP, 1924, 1, 153. Disponível em:

http://www.persee.fr/web/revues/home/prescript/article/ridc_0035-3337_1990_num_42_2_1981

¹¹⁰ O Código de Processo Penal no artigo 2 dispõe que na ação civil por danos causados por um crime, um delito ou contravenção pertence a todos aqueles que sofreram danos pessoais causados diretamente pela ofensa. A renúncia da ação civil não deve parar ou suspender o exercício da ação pública, exceto nos casos previstos no n° 3 do artigo 6. “L'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction. La renonciation à l'action civile ne peut arrêter ni suspendre l'exercice de l'action publique, sous réserve des cas visés à l'alinéa 3 de l'article 6.”

Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006574773&cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20090628>

¹¹¹ A Lei n° 72-546 de 1 de julho de 1972 define em seu artigo Art. 48-1 que qualquer associação legalmente registrada pelo menos cinco anos a partir da data do feito, pretendendo, por seu estado, pode combater o racismo e exercer os direitos concedidos à parte civil no caso de infrações previstas nos artigos 24 (última alínea), 32 (alínea 2) e 33 (alínea 3) da presente lei. “Toute association, régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date faits, se proposant, par ses status, de combattre le racisme, peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions prévues par les articles 24 (dernier alinéa), 32 (alinéa 2) et 33 (alinéa 3) de la présente loi.”

Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000864827>

A Lei n° 73-1193 de 27 de dezembro de 1973 – *Loi Royer* hoje revogada, mantém no art. L.421-1 do Código de consumo que Associações regularmente registradas que tiverem objetivo

ordenamento francês continua prever a propositura da *action civile* pelas associações, como é o caso da esfera ambiental com o *Code de l'environnement*¹¹², da empresarial com a Lei nº 88-14 ou em defesa da saúde com o *Code de la santé publique*¹¹³.

Na Espanha, a *Constitución* de 1978 prevê a defesa dos interesses coletivos dos consumidores pelos poderes públicos, bem como deverão prover a educação

estatutário explícito de proteger os interesses dos consumidores podem, se tiverem sido aprovados para este fim, exercer os direitos concedidos à parte civil em relação aos fatos que produzem dano direto ou indireto com a interesses coletivos dos consumidores.

“Les associations régulièrement déclarées ayant pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs peuvent, si elles ont été agréées à cette fin, exercer les droits reconnus à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs.”

Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT00000509757>

¹¹² O Código Ambiental define no artigo que as associações aprovadas mencionados no artigo L. 141-2 podem exercer os direitos concedidos à parte civil em relação aos fatos relacionados direta ou indiretamente que prejudicarem os interesses coletivos que visam defender e constituindo uma violação das leis relativas à proteção da natureza e meio ambiente, melhorando a qualidade de vida, a proteção da água, ar, solo, sítios e paisagens, planejamento urbano, ou a luta ser contra a poluição e segurança, incômodo nuclear e proteção contra radiações, e os textos de aplicação.

“Les associations agréées mentionnées à l'article L. 141-2 peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les faits portant un préjudice direct ou indirect aux intérêts collectifs qu'elles ont pour objet de défendre et constituant une infraction aux dispositions législatives relatives à la protection de la nature et de l'environnement, à l'amélioration du cadre de vie, à la protection de l'eau, de l'air, des sols, des sites et paysages, à l'urbanisme, ou ayant pour objet la lutte contre les pollutions et les nuisances, la sûreté nucléaire et la radioprotection, ainsi qu'aux textes pris pour leur application.”

Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006074220>

¹¹³ O Código de saúde pública francês estabelece em seu artigo L3512-1 que Associações cuja finalidade legal inclui a luta contra o tabagismo, regularmente comunicados por pelo menos cinco anos a partir da data dos fatos, pode exercer os direitos concedidos à parte civil por violações das disposições do presente título. Pode exercer as mesmas associações de consumidores direitos mencionados no artigo L. 421-1 do Código do Consumidor e as associações de familiares referidos nos artigos L. 211-1 e L. 211-2 do Código de Ação Social e Família para as violações das disposições do artigo L. 3512-2 e as medidas tomadas nos termos do artigo L. 3511-7.

“Les associations dont l'objet statutaire comporte la lutte contre le tabagisme, régulièrement déclarées depuis au moins cinq ans à la date des faits, peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile pour les infractions aux dispositions du présent titre. Peuvent exercer les mêmes droits les associations de consommateurs mentionnées à l'article L. 421-1 du code de la consommation ainsi que les associations familiales mentionnées aux articles L. 211-1 et L. 211-2 du code de l'action sociale et des familles pour les infractions aux dispositions prévues à l'article L. 3512-2 et pour celles prises en application de l'article L. 3511-7.”

Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006072665&dateTexte=20130131>

daqueles e fomentar a organização que contribuam para a defesa do direito¹¹⁴. Na esfera infraconstitucional a *Ley General de La defensa de lós Consumidores y Usuarios* nº 20/84 disciplinou a defesa dos interesses metaindividuais. Em 2000, foi publicada a *Ley de Enjuiciamiento Civil* prevendo a legitimação individual ou das associações para atuarem em juízo em defesa dos direitos dos consumidores¹¹⁵.

No Canadá, a província de Quebec foi a primeira a adotar um instituto para a defesa do interesse coletivo – o *recours collectif* - introduzido pelo *Code of Procedure Civile* em 1978¹¹⁶. Somente na década de 90 outras províncias editaram suas leis sobre o tema, como por exemplo, em Ontário a *Class Proceedings Act* de 1992¹¹⁷ e em British Columbia em 1996¹¹⁸. No mesmo período, em 1998, a matéria foi regulada sob a denominação *representative proceedings* em nível federal com a edição da Regra 114(1) das *Federal Court Rules SOR/98-106*¹¹⁹. As demais províncias somente

¹¹⁴ A Constituição espanhola define em seu artículo 51 - 1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos Intereses económicos de los mismos.

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.

3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio Interior y el régimen de autorización de productos comerciales.

Continua no artículo 52 La ley regulará. las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los Intereses económicos que les sean propios. Su estructura interna y funcionamiento deberán ser democráticos.

Disponível em: <http://www.congreso.es/consti/>

¹¹⁵ Establece o Código de Processo Civil no artículo 11 que a legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios. 1. Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios.

Disponível em: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/lec/default.htm>

¹¹⁶ O Código de Processo Civil canadense regula a ação coletiva no Livro IX, estabelecendo que entende-se por “ação de classe”, o procedimento que permite a um membro de agir sem um mandato em nome de todos os membros.

Livre IX Le Recours Collectif - Dans le présent Livre, à moins que le contexte n'indique un sens différent, on entend par: d) «recours collectif»: le moyen de procédure qui permet à un membre d'agir en demande, sans mandat, pour le compte de tous les membres.

Disponível em: <https://www.canlii.org/en/qc/laws/stat/rsq-c-c-25/latest/>

¹¹⁷ Disponível em: http://www.e-laws.gov.on.ca/html/statutes/english/elaws_statutes_92c06_e.htm

¹¹⁸ Disponível em: <http://www.canlii.org/en/bc/laws/stat/rsbc-1996-c-50/latest/rsbc-1996-c-50.html>

¹¹⁹ Disponível em : <http://www.canlii.org/en/ca/laws/regu/sor-98-106/latest/sor-98-106.html>

disciplinaram sobre o assunto no século XX, como Saskatchewan em 2001¹²⁰, Manitoba em 2002¹²¹, Alberta em 2003¹²², Newfoundland em 2004¹²³.

A exemplo do que ocorreu no Canadá, o ordenamento australiano também começou a regular suas normas sobre a defesa coletiva em esfera infraconstitucional por meio da *representative proceedings*. O estado de Victoria aprovou em 1986 a *Supreme Court of Victoria Act*¹²⁴ e South Australia a *South Australia Supreme Court Rules* em 1987¹²⁵. Em 1991 a matéria passou a ser regulada em nível federal com a edição da parte IVA na *Federal Court of Australia Amendment Act 1976*¹²⁶.

Na América do Sul, a Argentina começou a modificar seu cenário quando juízes e tribunais¹²⁷ (nacionais e provinciais) admitiram certas demandas, em especial em matéria ambiental, que tinham como questão central esses novos direitos, eis que não poderiam ficar sem proteção¹²⁸.

A província de Santa Fé inovou a produção legislativa argentina em defesa dos interesses metaindividuais com a Ley nº 10.000 de 1986 denominada *Recurso contencioso administrativo sumario – Protección de intereses difusos*¹²⁹. Outras províncias seguiram seu exemplo e no âmbito federal a normatização só veio com a edição da Ley nº 24.240 que dispôs sobre as *Normas de Protección y Defensa de los*

¹²⁰ Disponível em: <http://www.qp.gov.sk.ca/documents/english/statutes/statutes/c12-01.pdf>

¹²¹ Disponível em: <http://web2.gov.mb.ca/laws/statutes/ccsm/c130e.php>

¹²² Disponível em: <http://www.canlii.org/en/ab/laws/stat/sa-2003-c-c-16.5/latest/sa-2003-c-c-16.5.html>

¹²³ Disponível em: <http://assembly.nl.ca/legislation/sr/statutes/c18-1.htm>

¹²⁴ Disponível em: http://www.austlii.edu.au/au/legis/vic/consol_act/sca1986183/

¹²⁵ Alterada a 01 de outubro de 2008 - Emenda nº 102. Disponível em: http://www.austlii.edu.au/au/legis/vic/consol_act/sca1986183/

¹²⁶ Disponível em: <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2012C00307>

¹²⁷ Casos resolvidos sem norma expressa de tutela coletiva. Caso: Kattan, Alberto E. y Otro v. Gobierno Nacional - Poder Ejecutivo (LA LEY 1983-D, 576) que buscou a proibição da pesca e da caça de golfinhos. Disponível em: <http://wp.cedha.net/wp-content/uploads/2011/07/1983-05-10-kattan-.pdf> Caso: Ekmekdjian Miguel A. v. Sofovich, Gerardo y otros (LA LEY, 1989C, 18) que pleiteou o direito de resposta em um programa de televisão em razão do apresentador de um programa ter pronunciado palavras ofensivas a Jesus Cristo e à Virgem Maria gerou o reconhecimento que uma pessoa ao invocar suas crenças religiosas, na verdade, age em nome de um grupo. Disponível em: http://www.perio.unlp.edu.ar/htmls/unesco/documentos/unidad4/ekmekdjian_sofovich.pdf

¹²⁸ QUIROGA LAVIE, Humberto. Derecho Constitucional Argentino. Rubinzal – Culzoni, Tomo I, 2001, p. 294.

¹²⁹ Disponível em: <http://www.justiciasantafe.gov.ar/portal/index.php/esl/Legislacion-y-Jurisprudencia/Legislacion/Leyes/Recurso-Contencioso-Administrativo-Sumario.-Proteccion-de-Intereses-Difusos>

*Consumidores*¹³⁰. Por fim, após uma década das inovações jurisprudenciais o *amparo colectivo* foi incluído na legislação constitucional de 1994, incorporando o art. 43¹³¹.

Em Israel o sistema jurídico, mesmo após a criação do Estado em 1948, continuou com inspirações do direito britânico. A única base legal para o litígio em grupo era a Regra 29 do *Rules of Civil Procedure - RCP*¹³², que o novo Estado herdou do sistema Inglês.

Na prática, porém, os tribunais israelenses não eram uniformes quanto a matéria e se deveria ser aplicada a Regra. No caso *Frankisha Merkla v Rabinowitz*¹³³, a Suprema Corte de Israel proferiu uma visão restritiva, à luz do seu homólogo inglês, determinando que deverá haver "interesse comum" na ação e rejeitou a possibilidade de pedidos indenizatórios.

Essa visão restritiva, não proibiu totalmente o emprego da Regra 29 às ações representativas o que resultou em décadas de interpretações judiciais divergentes¹³⁴.

¹³⁰ Disponível em: http://www.adecua.org.ar/legislacion.php?ver=general_24240

¹³¹ Dispõe o art. 43 da referida lei que toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.

Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.

Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.

Disponível em: <http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/capitulo2.php>

¹³² MAGEN, Amichai e SEGAL, Peretz. The globalization of class actions – National Report: Israel, 2007. Disponível em: http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Israel_National_Report.pdf

¹³³ Caso 86/69 e 79/69 Frankisha Merkla v. Rabinowitz. MAGEN, Amichai e SEGAL, Peretz. The globalization of class actions – National Report: Israel, 2007. Disponível em: http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Israel_National_Report.pdf

¹³⁴ Corte de Jerusalém nº 4005/96 Amos Givon, Miriam Barzani e outros v. Sha'arei-Tzedek Medical Center e outros. Corte de Jerusalém nº 109/94 The Israeli Student Association v. The

A ambigüidade só terminou, por uma pequena maioria, na decisão da Suprema Corte de Israel no caso *Estado de Israel v E.S.T. Management and Manpower Ltd*¹³⁵ em se decidiu que a regra 29 não pode ser invocada nas ações de grupo.

No fim da década de 80 ocorreu uma progressiva inclusão do procedimento de ação de classe em legislações específicas, como por exemplo, na alteração da *Securities Law* em 1988, permitindo aos titulares de valores mobiliários a propositura de ações de classe. Outras alterações também foram introduzidas, como na *The Prevention of Environmental Hazards Law* em 1992, na *Business Restrictions Law* em 1992 ou na *Consumer Protection Law* em 1994¹³⁶.

Como resultado cumulativo de vários fatores de motivação, entre eles, a crescente insatisfação com o sistema de regras setoriais específicas para ações representativa que geraram uma falta de uniformidade na interpretação produzindo decisões cada vez mais dissonantes e a decisão de inaplicabilidade da Regra 29 às ações coletivas, em 2006 uma nova Lei da Ação de Classe¹³⁷ foi promulgada, inspirada principalmente pela experiência dos EUA .

Na China, o sistema legal sofreu influências da cultura natural do lugar e dos ideais socialistas de acesso à justiça, entretanto, para a resolução dos litígios coletivos tem se inspirado no ordenamento japonês e no modelo dos EUA¹³⁸.

Antes da regulamentação de procedimentos formais os chineses enfrentaram constantes conflitos civis na década de 1980 como a disputa multipartidária em 1985 em que 1.569 agricultores Sichuan interpuseram ação para cumprimento de contrato de entrega de sementes. O tribunal lhes permitiu selecionar oito representantes para intervir no andamento do processo¹³⁹.

Hebrew University in Jerusalém; Corte de Tel-Aviv nº 1808/00 Eiran Hochberg v. B.L.L. Securities. Para mais detalhes ver AMICHAH, Magen e PERETZ, Segal. The Globalization of Class Actions - National Report: Israel. 2007. Disponível em http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Israel_National_Report.pdf

¹³⁵ Caso 5161/03 Estado de Israel v E.S.T. Management and Manpower Ltd.

¹³⁶ AMICHAH, Magen e PERETZ, Segal. The Globalization of Class Actions - National Report: Israel. 2007. Disponível em http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Israel_National_Report.pdf, p. 6.

¹³⁷ Disponível em: http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Israeli_ClassActionLaw_2006.pdf

¹³⁸ PALMER, Michael e XI, Chao. Collective and Representative Actions in China. Disponível em http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/China_National_Report.pdf.

¹³⁹ Caso 1569 Agricultores de sementes de arroz em Yuanbao e Nuli Towns v Seed Company, Zuigao Renmin Fayuan Gongbao. Gazeta da Supreme People's Court, 1986: nº. 3.

Só em 1991 a ação coletiva – *daibiaoren sunsong* foi introduzida no Direito Processual Civil¹⁴⁰ dividida em três formas: litígio de grupo não-representativo (*gongtong Susong*), litígio de grupo representativo em que o número de litigantes é fixo (*renshu queding de daibiaoren Susong*) e litígio grupo representativo em que o número de litigantes não é fixo (*renshu bu queding de daibiaoren Susong*).

Quatro condições têm de ser satisfeitas para se propor um processo colectivo de qualquer um dos três tipos acima identificados nos termos do art. 53. Primeiro, deve haver dois ou mais demandantes ou demandados, as partes que participam devem ter o mesmo interesse ou créditos similares, o tribunal deve concordar que as reivindicações multi-partidárias possam ser tratados coletivamente e, por fim, as partes devem ter o mesmo interesse ou reivindicações semelhantes¹⁴¹.

No continente africano, a África do Sul tem atravessado uma série de mudanças desde a abolição do regime de apartheid o que levou a edição de novas leis para proteger os direitos do povo. Por conseguinte, abriu recentemente caminho para os multi-litígios e criou um cenário para a reparação coletiva. A Constituição da República da África do Sul nº 108 de 1996 prevê na Seção 38 (c)¹⁴² que qualquer

¹⁴⁰ Disponível em: http://www.gov.cn/flfg/2012-09/01/content_2214662.htm

¹⁴¹ Article 53 - When one party or both parties consist of two or more persons, the subject matters of actions are the same or of the same category and the people's court considers that, subject to the consent of the parties, the lawsuit can be tried together, a joint lawsuit shall be constituted.

Where the individuals constituting a party to a joint lawsuit have common rights and obligations with respect to the subject matter of action and the act of litigation of one person is recognized by the others of his or her party, such act shall be binding on all the other members of his or her party; where the individuals in one party do not have common rights and obligations with respect to the subject matter of action, then the act of litigation of one person shall have no binding force on the others of his or her party.

Disponível em: <http://www.lehmanlaw.com/resource-centre/laws-and-regulations/civil-proceedings/law-of-civil-procedure-of-the-peoples-republic-of-china-1991.html>

¹⁴² A Constituição da República da África do Sul traz na seção 38 a aplicação dos direitos por qualquer um listado na seção que tem o direito de se aproximar de um tribunal competente, alegando que um direito da Carta de Direitos foi violado ou ameaçado, e o tribunal pode conceder o alívio adequado, incluindo uma declaração de direitos. As pessoas que podem se aproximar de um tribunal são: a. qualquer pessoa agindo em seu próprio interesse; b. qualquer pessoa agindo em nome de outra pessoa que não pode agir em seu próprio nome; c. qualquer pessoa agindo como um membro, ou no interesse de um grupo ou classe de pessoas; d. qualquer pessoa agindo no interesse público, e e. uma associação que age no interesse dos seus membros. “Anyone listed in this section has the right to approach a competent court, alleging that a right in the Bill of Rights has been infringed or threatened, and the court may grant appropriate relief, including a declaration of rights. The persons who may approach a court are: a. anyone acting in their own interest; b. anyone acting on behalf of another person who cannot act in their own name; c. anyone acting as a member of, or in the interest of, a group or class of persons; d. anyone acting in the public interest; and e. an association acting in the interest of its members. Disponível em: <http://www.info.gov.za/documents/constitution/1996/a108-96.pdf>

pessoa pode atuar como um membro de uma classe quando um direito da Declaração de Direitos for violado ou ameaçado¹⁴³.

Sobre o tema a *Supreme Court of Appeal - SCA*, no caso *Eastern Cape v Ngxuz*¹⁴⁴ autorizou o uso de uma ação coletiva no estilo americano desde que seja observada a Constituição e, por conseguinte, o objeto das ações deverá ser em defesa dos direitos nela elencados.

O país continua a introduzir instrumentos adicionais à defesa dos interesses metaindividuais e já que os direitos tutelados só podem ser aqueles veiculados na Constituição, o art. 157 da *Companies Act* nº 71 de 2008¹⁴⁵ legitimou um grupo ou classe a buscar a correção de violações aos direitos do consumidor, bem como, a responsabilidade civil.

Nos cinco continentes vislumbramos a presença e ampliação da tutela coletiva o que não nos permite vinculá-la a um sistema jurídico ou econômico específico. A abordagem dessas práticas enriquece nosso estudo rumo ao aperfeiçoamento do instituto brasileiro.

¹⁴³ Tais direitos são estabelecidos no capítulo 2: Carta de Direitos: 7. Direitos, 8. Aplicação de 9. Igualdade, 10. Dignidade Humana, 11. Vida, 12. Liberdade e Segurança da Pessoa, 13. Escravidão, servidão e trabalho forçado, 14. Privacidade, 15. Liberdade de religião, crença e conclusões, 16. Liberdade de Expressão, 17. Assembléia, demonstração, piquete e petição de 18. Liberdade de Associação, 19. Direitos Políticos, 20. Cidadania, 21. Liberdade de circulação e residência, 22. Liberdade de Ocupação, Comércio e Profissão, 23. Relações de Trabalho, 24. Meio ambiente, 25. Propriedade, 26. Habitação, 27. Cuidados de Saúde, Comida, Água e Segurança Social, 28. Crianças, 29. Educação, 30. Língua e Cultura, 31. Comunidades Culturais, Religiosas e Linguísticas, 32. Acesso à Informação, 33. Ação administrativa, 34. Acesso aos tribunais, 35. Presos, detidos e acusados, 36. Limitação de Direitos, 37. Estados de Emergência, 38. Aplicação dos Direitos, 39. Interpretação da Carta de Direitos.

¹⁴⁴ Permanent Secretary Department of Welfare, Eastern Cape Provincial Government e outros v Ngxuz e outros (493/2000) [2001] ZASCA 85 (31 August 2001). Disponível em <http://www.saflii.org/za/cases/ZASCA/2001/85.html>

¹⁴⁵ Estabelece o artigo 157 que o pedido pode ser feito a, ou uma questão pode ser trazido antes, um tribunal, o Tribunal de Empresas, o painel ou a Comissão, o direito de fazer o pedido ou levar o assunto pode ser exercido por uma pessoa a) diretamente contemplados na disposição em particular da presente Lei; (b) em nome de uma pessoa contemplada no parágrafo (a), que não pode atuar em seu próprio nome; (c) atuando como um membro, ou no interesse de um grupo ou classe de pessoas afetadas, ou de uma associação agindo no interesse de seus membros, ou (d) agindo no interesse público, com autorização do tribunal.

“When, in terms of this Act, an application can be made to, or a matter can be brought before, a court, the Companies Tribunal, the Panel or the Commission, the right to make the application or bring the matter may be exercised by a person a) directly contemplated in the particular provision of this Act; (b) acting on behalf of a person contemplated in paragraph (a), who cannot act in their own name; (c) acting as a member of, or in the interest of, a group or class of affected persons, or an association acting in the interest of its members; or (d) acting in the public interest, with leave of the court.

Disponível em: http://www.cipc.co.za/Companies_files/CompaniesAct71_2008.pdf

1.5 O processo coletivo no Brasil

Na busca pela tutela dos direitos metaindividuais a ação popular é, por alguns autores, sinalizada como a pioneira no Brasil¹⁴⁶. E esta, como visto alhures, teve sua origem no direito romano que previa a possibilidade o indivíduo demandar em defesa de interesse pertencente também a uma coletividade.

Como uma ex-colônia de Portugal, vale lembrar que por lá a ação popular deu continuidade do direito romano e possuiu previsão nas Ordenações para a defesa das coisas de uso comum do povo. Atualmente o instituto permanece no Código Administrativo nos artigos 369, 822 e 826¹⁴⁷.

Há quem sustente a ideia de que no período populista e início da República no Brasil, ou seja, antes de a Lei nº 4717/65 regular o instituto, era possível sua aplicação, nas formas do direito romano, mesmo diante da falta de lei que regulasse a matéria sob o argumento de inexistência de lei que revogasse a Lei 2, § 34 do Digesto L. 43, Tít. 13 e as outras referente ao assunto¹⁴⁸.

No tempo do Brasil Império, apesar da alegação descrita, apareceram algumas normas, como o art. 157¹⁴⁹ da Constituição do Império de 1824, que coibia os abusos de poder e prevaricação de agentes do Estado no exercício da função.

O mesmo diploma previu em seu art. 179, inciso XXX que “todo o cidadão poderá apresentar, por escrito, ao Poder Legislativo e ao Executivo, reclamações, queixas ou petições, e até expor qualquer infração da Constituição, requerendo perante a autoridade competente a efetiva responsabilidade dos infratores”.

Além do diploma constitucional havia previsão da ação popular para os casos de falência dos bancos e outras companhias e sociedades anônimas, nos termos do art. 2º, §2º e arts. 3º e 4º do decreto 2.691 de 1860¹⁵⁰.

¹⁴⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular no direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos, in Temas de direito processual (1ª série), São Paulo: Saraiva, 1977, p. 7-19.

¹⁴⁷ Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Investigacao/2193.pdf>

¹⁴⁸ CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. Ação popular constitucional. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 19.

¹⁴⁹ A Constituição do Império de 1824 previu em seu art. 157 que por suborno, peita, peculato, e concussão haverá contra elles acção popular, que poderá ser intentada dentro de anno, e dia pelo proprio queixoso, ou por qualquer do Povo, guardada a ordem do Processo estabelecida na Lei.

A primeira Constituição da República de 1891 dispôs de modo genérico em seu art. 72, § 9º que “é permitido a quem quer que seja representar mediante petição aos poderes públicos, denunciar abusos das autoridades e promover a responsabilidade dos culpados”, entretanto, não deixando totalmente de prever instrumento com o mesmo efeito.

O Código Civil de 1916, após discussões acaloradas na Câmara e no Senado travadas por expressões como Clóvis Beviláqua e Andrade Figueira, acabou por não prever ações populares mesmo quando abordado o art. 185 do diploma¹⁵¹. Deve-se mencionar que o mesmo não ocorreu com a lei baiana nº 1.348, de 1920, que inovou na esfera estadual e que previu a ação de cunho supletivo.

A carta constitucional de 1934 continuou a prever o instituto em seu art. 113 n. 38 que foi suprimido pela Carta de 1937, sendo reintroduzida no diploma de 1964 em seu art. 141, § 38. No decorrer do período desses diplomas constitucionais, na esfera infraconstitucional, a defesa judicial dos interesses coletivos por certas entidades já era autorizada pela Lei nº 1.134/50¹⁵² e pela Lei nº 4.215/63¹⁵³.

O *nomen iuris* “ação popular” e sua regulamentação foram fixados com a edição da Lei nº 4.717/65 e por fim corroborado pelos textos constitucionais de 1967 (art. 150, § 31) e de 1969 (art. 153, § 31) mesmo com as restrições pelas quais o país atravessava decorrentes do regime militar¹⁵⁴.

¹⁵⁰ Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=78001&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB>

¹⁵¹ VIEGAS, Weverson. A evolução histórica da ação popular. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 79, 20 set. 2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4200>>.

¹⁵² Art. 1º Às associações de classes existentes na data da publicação desta Lei, sem nenhum caráter político, fundadas nos termos do Código Civil e enquadradas nos dispositivos constitucionais, que congreguem funcionários ou empregados de empresas industriais da União, administradas ou não por ela, dos Estados, dos Municípios e de entidades autárquicas, de modo geral, é facultada a representação coletiva ou individual de seus associados, perante as autoridades administrativas e a justiça ordinária.

Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=107302>

¹⁵³ A Lei nº 4.215/63 em seu parágrafo único do art. 1º dispõe que cabe à Ordem representar, em juízo e fora dele, os interesses gerais da classe dos advogados e os individuais, relacionados com o exercício da profissão.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4215.htm

¹⁵⁴ SIDOU, José Maria Othon. *Habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data*, ação popular (as garantias ativas dos direitos coletivos). Rio de Janeiro: Forense, 5ª edição, 1998, p. 329-334.

Nos anos 70, o Brasil ampliou suas publicações sobre a inquietação a respeito da defesa dos direitos difusos e sua tutela processual¹⁵⁵. O discurso se concentrou, principalmente, na questão da titularidade da ação com a flexibilização do art. 6º do CPC e a indivisibilidade do objeto como meio de acesso à justiça.

Nesse ínterim, a primeira utilização da expressão ação civil pública ocorreu na Lei complementar nº 40/81¹⁵⁶, art. 3º, inciso III, que estabeleceu entre as funções do Ministério Público a promoção da ação civil pública, todavia, em nada guardava relação com direitos de natureza coletiva.

No mesmo ano, foi promulgada a Lei nº 6.938/81 que regulou a Política Nacional do Meio Ambiente, com a possibilidade do Ministério Público demandar contra o infrator penal e civilmente por danos ao meio ambiente, por conseguinte, uma ação civil pública em defesa de direito difuso¹⁵⁷. Entretanto, permaneceu pouco utilizada, tendo a ação popular melhor uso.

Em 1982, realizou-se na Faculdade de Direito da USP o primeiro seminário sobre a tutela dos interesses difusos, coordenado por Ada Pellegrini Grinover. Do encerramento do seminário formou-se um grupo de estudos¹⁵⁸ incumbido da elaboração de um anteprojeto de lei sobre o assunto. O anteprojeto, aprovado pela Associação Paulista de Magistrados no primeiro semestre de 1983 foi levado a público no I Congresso Nacional de Direito Processual. Foi apresentado em 1984 ao Congresso Nacional pelo Deputado Flávio Bierrenbach tendo recebido o nº 3.034/84¹⁵⁹.

¹⁵⁵ Entre os brilhantes trabalhos vale destacar: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular no direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos, in *Temas de direito processual* (1ª série), São Paulo: Saraiva, 1977. OLIVEIRA JUNIOR, Waldemar Mariz de. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos, in *Estudos sobre o amanhã, ano 2000 - Caderno 2*, São Paulo: Ed. Resenha Universitária, 1978. GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela jurisdicional dos interesses difusos. São Paulo: Revista de Processo, 1979. FERRAZ, Antônio Celso de Camargo, MILARÉ, Edis, NERY JÚNIOR, Nelson. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.

¹⁵⁶ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp40.htm

¹⁵⁷ SPALDING, Alessandra Mendes. Legitimidade ativa nas ações coletivas. Curitiba: Juruá, 2006, p. 52-54.

¹⁵⁸ Formado por Ada Pellegrini Grinover, Cândido Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Junior.

¹⁵⁹ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=209036>

Outro grupo¹⁶⁰ também empenhou-se no estudo da tutela coletiva e elaborou mais um anteprojeto denominado “Ação Civil Pública” que regulamentou um papel de maior destaque ao MP. Apoiado pelo Ministério Público de São Paulo e pela Confederação Nacional do Ministério Público o projeto foi encaminhado ao Ministro Ibrahim Abi-Ackel e apresentado ao Congresso Nacional pelo Presidente da República João Figueiredo. Na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei recebeu o nº 4.985/85¹⁶¹ e no Senado o nº 20/85. Em 1985 foi sancionada pelo Presidente Sarney a Lei nº 7.347 com o veto presidencial na parte dos dispositivos que continham a expressão “ou a qualquer outro interesse difuso”, sendo reincorporada posteriormente como veremos adiante.

Como observado, antes de 1985 outras leis já regulavam a participação do MP na tutela de interesses coletivos, tais como: a Lei nº 6.938/1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente; a Lei Complementar nº 40, de 1981 que estabeleceu a organização do Ministério Público estadual; a Lei Orgânica do Ministério Público nº 304, de 1982. Entretanto, apenas a Lei nº 7.347/1985 dispôs sobre os procedimentos e particularidades da ação civil pública instituindo, junto com outros diplomas, um microsistema legal de processos coletivos¹⁶².

Entre eles, a proteção jurisdicional dos interesses coletivos foi estampada de forma relevante na esfera constitucional com a promulgação da Constituição da República de 1988 que consagrou valores individuais e coletivos. Com destaque à legitimação conferida às entidades associativas, quando expressamente autorizadas, para representar seus filiados, judicial ou extrajudicial no art. 5.º, inciso XXI e aos sindicatos no art. 8.º.

Ainda foram resguardadas constitucionalmente as ações populares conforme o art. 5.º, inciso LXXIII, com o objeto ampliado como regulado previamente em lei ordinária; e as ações civis públicas, nos termos do art. 129, inciso III.

O art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT determinou ao Congresso Nacional a elaboração do Código de Defesa do Consumidor no prazo de 120 dias. Mas o empenho para regulamentar a proteção do consumidor teve início bem antes dessa data, na década de 70.

¹⁶⁰ Formado por Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz, Edis Milaré e Nelson Nery Junior.

¹⁶¹ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=225693>

¹⁶² DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil. 12ª edição: Revista, ampliada e atualizada. Salvador: Edições Jus Podivm, 2010, p. 48.

Em 1972 foi oferecido o Projeto de Lei nº 897/72¹⁶³, que acabou por ser arquivado em 1975. Outras propostas foram idealizadas, entretanto, todas terminaram por ser arquivadas. Em 1978 é instituída a Fundação PROCON de São Paulo, e em 1985 foi criado o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor. Finalmente em janeiro de 1989 foi apresentado um anteprojeto¹⁶⁴ aperfeiçoado¹⁶⁵ que se transformou no Projeto de Lei nº 1.955¹⁶⁶ e deu origem ao Código de Defesa do Consumidor ao ser sancionada a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – ultrapassando o prazo previsto no ADCT.

O CDC acrescentou o inciso IV ao art. 1º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 a expressão anteriormente vetada “*a qualquer outro interesse difuso ou coletivo*” retomando a abrangência anteriormente pensada pelos membros da comissão do anteprojeto da LACP. Trouxe, ainda, a inovação dos chamados direitos individuais homogêneos em que os direitos individuais poderiam ser tratados coletivamente ante a justiça civil, em razão de sua homogeneidade e da origem comum.

Do efervescer social e doutrinário, na busca da proteção aos interesses coletivos, já haviam sido editadas outras leis com essa previsão, tais como: a Lei nº 7.797/89 que criou o Fundo Nacional de Meio Ambiente; a Lei nº 7.853/89 que dispôs sobre o apoio e integração das pessoas portadoras de deficiência; a Lei nº 7.913/89 sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários. Após o CDC outras leis continuaram a ser publicadas, como a Lei nº 8.625/93 e a Lei Complementar nº 75/93 que disciplinaram a atuação do Ministério Público frente às ações civis públicas; a Lei nº 8.884/94 (Lei Antitruste) que reconheceu a possibilidade de danos causados por infração da ordem econômica¹⁶⁷; a Lei nº 9.870/99 que legitimou as associações a discutir as anuidades escolares .

Entre os avanços e retrocessos na edição dessas leis e de outras, ao lado do CDC e da LACP, outras leis como a Lei da Ação Popular, a Lei do Mandado de Segurança, a Lei de Improbidade Administrativa passaram a fazer parte de um

¹⁶³ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=184143>

¹⁶⁴ Elaborado pela comissão constituída por Ada Pellegrini Grinover, Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe e Zelmo Denari. Com assessoria de Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Eliana Cáceres, Marcelo Gomes Sodré, Mariângela Sarrubo, Nelson Nery Junior e Régis Rodrigues Bonvicino.

¹⁶⁵ Projetos legislativos apresentados: PL nº. 01/89 e 97/89 do Senado Federal e nº. 1.149/88, 1.330/88, 1.449/88 e 1.955/89 da Câmara dos Deputados com o objeto de instituir o CDC.

¹⁶⁶ Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=198095>

¹⁶⁷ V - por infração da ordem econômica; incluído pela Lei 12.529/2011.

microsistema legal de processos coletivos. Diante dessa pluralidade de diplomas, por vezes, na prática forense verifica-se a problemática de identificação dos institutos para a tutela de cada tipo de direitos coletivo *lato sensu*.

Em busca de uma solução dentro do ordenamento vigente Didier Jr defende uma hierarquia dentro desse microsistema em que deverá ser analisado primeiro a LACP, se persistir o problema a busca deverá se estender ao Título III do CDC e, ainda remanescendo dúvida, deverão ser analisados os demais diplomas legais coletivos¹⁶⁸.

Apesar dos esforços o pensar coletivo continuava pouco difundido e os textos relevantes para a tutela dos interesses coletivos (LACP e CDC) já se mostravam insuficientes frente à necessidade de aperfeiçoamento e modernização dos mecanismos de tutela dos direitos coletivos o que levou a doutrina a se agitar em busca de uma codificação do direito processual coletivo. Nesse contexto, visando uma adequação do Sistema Único Coletivo, vários modelos e anteprojetos de Código de Processo Coletivo acabaram por surgir como meio de incorporar e unificar as conquistas e avanços na defesa dos interesses coletivos.

Antonio Gidi apresentou um Código-Modelo de Processo Civil Coletivo para Países de Direito Escrito primeiro em sua obra em 2003, depois em obras de 2007 e 2008¹⁶⁹.

No ano de 2004 foi aprovado na XIX Jornada Ibero-americana de Derecho Procesal realizada em Caracas um Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América¹⁷⁰. Trabalho sucessivo foi realizado por um grupo, coordenado por Ada Pellegrini Grinover, para produzir um projeto de um Código Brasileiro de Processos Coletivos, tendo seu conteúdo apresentado em outubro de 2005, pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, para discussão doutrinária.

¹⁶⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de direito processual civil. 12ª edição: Revista, ampliada e atualizada. Salvador: Edições Jus Podivm, 2010, p. 48.

¹⁶⁹ GIDI, Antonio. Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito, Revista de Processo, nº 111. São Paulo: RT, jul-set 2003. p. 192-208. A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada. São Paulo: RT, 2007; Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

¹⁷⁰ O projeto foi elaborado por Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, Antonio Gidi e Kazuo Watanabe. Disponível em: http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/codigomodelo_exposicaodemotivos_2_28_2_2005.pdf

Paralelamente outro grupo sob a coordenação de Aluisio Gonçalves de Castro Mendes desenvolveu outra proposta de Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos dos programas de pós-graduação da UERJ e UNESA¹⁷¹.

Diante da pluralidade de propostas, debates e da necessidade de aperfeiçoamento da tutela coletiva no Brasil discutida no Congresso das Carreiras Jurídicas de Estado, promovido pela Advocacia Geral da União em junho de 2008, o Ministério da Justiça editou a Portaria nº 2.481 e instituiu uma Comissão Especial¹⁷² com a finalidade de apresentar uma proposta de aprimoramento e modernização da legislação que aborde os direitos difusos para subsidiar o Ministério da Justiça e contemplar as proposições em debate no meio acadêmico e profissional.

Fruto dos esforços desta comissão, no período de julho de 2008 até final de março de 2009, foi apresentado um texto à Casa Civil que, após alterações, foi remetido ao Congresso Nacional em 27 de março recebendo o número de Projeto de Lei nº 5.139/2009¹⁷³, designado a dar nova disciplina ao procedimento da ação civil pública e dar um "passo importante rumo ao acesso à justiça e à efetividade da tutela coletiva"¹⁷⁴. Sob a relatoria do Deputado Federal Antonio Carlos Biscaia foi realizada Audiência Pública para debates e ao texto original foram apresentadas 11 (onze) emendas. Da rejeição pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados foi apresentado recurso à Mesa Diretora que ainda aguarda deliberação.

Há quem aponte que tal projeto replica os nocivos efeitos do Ato Institucional 5 (AI-5), que gerou a indevida intervenção do Estado por meio do Judiciário e do Ministério Público, prejudicando o desenvolvimento sustentável do Estado, deixando de lado as garantias constitucionais com a busca pela procedência da ação a qualquer preço. Continua Adenisio Coelho Junior afirmando que esse projeto de lei traz a hipertrofia do Estado com a disposição de legitimidade ao Ministério Público e

¹⁷¹ Disponível em: <http://www.direitouerj.org.br/2005/download/.../cbpc.do>.

¹⁷² Composição da comissão: Dr. Rogério Favreto, Secretário de Reforma do Poder Judiciário, Presidente, Luiz Manoel Gomes Junior, relator, Ada Pellegrini Grinover, Alexandre Lipp João, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes, André da Silva Ordacgy, Anizio Pires Gavião Filho, Antonio Augusto de Aras, Antonio Carlos Oliveira Gidi, Athos Gusmão Carneiro, Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida, Elton Venturi, Fernando da Fonseca Gajardoni, Gregório Assagra de Almeida, Haman de Moraes e Córdova, João Ricardo dos Santos Costa, José Adonis Callou de Araújo Sá, José Augusto Garcia de Souza, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Luiz Rodrigues Wambier, Petronio Calmon Filho, Ricardo de Barros Leonel, Ricardo Pippi Schmidt e Sergio Cruz Arenhart.

¹⁷³ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=432485>

¹⁷⁴ Exposição de motivos do Projeto de Lei nº 5.139/2009

concentra o Poder, que já se reuniu nas mãos de militares, nas mãos dos magistrados na medida em que poderão modificar os atos e fases do processo a qualquer tempo, não havendo mais rito processual. É a busca pela procedência da ação a qualquer preço¹⁷⁵.

Por outro lado, também há a defesa do projeto com o fundamento de aumentadas chances de acesso à Justiça e desentrelaçamento do Poder Judiciário já que há maior eficiência da resolução dos problemas em massa via ações civis¹⁷⁶.

Apesar das proposições acima o projeto, após o recebimento de recurso em maio de 2010, não teve outro andamento na mesa diretora da Câmara dos Deputados.

¹⁷⁵ COELHO JUNIOR, Adenisio. PL 5.139/09 (Código de Ações Coletivas). Insegurança jurídica, entrave para o desenvolvimento sustentável do Estado. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI97716,91041-PL+513909+Codigo+de+Acoes+Coletivas+Inseguranca+juridica+entrave+para>. Acessado em jun/2012.

¹⁷⁶ MENDES, Alúcio. CCJ debate projeto de lei que disciplina ação civil pública. Disponível em: http://www.informes.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=210:ccj-debate-acao-civil-publica&catid=1:latest-news&Itemid=108. Acesso em jun/2012.

2 CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE TUTELAS COLETIVAS

A clara delonga na resolução dos conflitos no Poder Judiciário tem gerado discussões quanto a possível falência do sistema. Com isso, devem ser empreendidos estudos profundos e sérios sobre o direito processual sob diversos pontos de vista, entre eles, sua relevância prática. O estudioso do direito processual precisa trabalhar as hipóteses de aprimoramento do acesso efetivo à justiça e a razoável duração dos processos.

A intenção deste capítulo é a análise das tutelas coletivas e sua importância na busca de efetividade e economia processual eis que grande parte dos conflitos de interesses evoluíram da esfera individual para a coletiva. Assim, é importante perceber a influência das tutelas coletivas na resolução dos conflitos que surgem das relações sociais massificadas, que são comuns na sociedade contemporânea.

Com este novo cenário em mente, é necessário moldar a estrutura de resolução dos litígios judiciais simplista para açambarcar os novos processos de defesa de direitos coletivos. A tutela coletiva de direitos vem em resposta aos aspectos inerentes da sociedade atual e garantir o efetivo acesso à justiça.

Não devemos olvidar os últimos empenhos legislativos em favor da proteção da tutela coletiva. O ordenamento brasileiro tem presenciado a edição de importantes leis, como a Lei da Ação Popular, a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor que corroboram esse desenvolvimento progressivo.

Todavia, alguns entraves tem ainda permanecido, a exemplo da representatividade adequada e da extensão dos efeitos da coisa julgada. Assim, o estudo processual coletivo deve ser livre dos preceitos individualistas do processo civil comum. É neste ponto que se exige a apreciação das garantias para não ocorrer o desrespeito das liberdades individuais asseguradas com o único foco de efetivar a tutela coletiva.

2.1 Panorama da ação civil pública

À ação poderá ser atribuída uma qualificação com fulcro em vários critérios dos quais os processualistas lançam mão. O *nomen* ação civil pública traz três termos que merecem atenção para seu melhor conhecimento e entendimento.

A princípio, cabe compreender o sentido de ação e sua relação com o direito subjetivo, pois o mesmo sofre alterações de acordo com a teoria e o tempo que a analisa¹⁷⁷.

¹⁷⁷ Para os romanos, conforme a tese de Michel Villey não havia distinção entre *actio* e *ius*, pois examinavam o direito sob ângulo puramente objetivo. VILLEY, Michel. Le 'jus in re' du droit romain classique au droit moderne. Suivi des fragments pour un dictionnaire du langage des glossateurs. *Conférences faites à l'Institut de droit romain en 1947*. Paris: p. 187-225, p. 187. Entretanto, Giovanni Pugliese¹⁷⁷ refuta esta proposição ao demonstrar que apesar da ausência de conceituação do direito subjetivo, os romanos conhecem sua realidade quando confere às pessoas as capacidades que hoje conceituamos como direito subjetivo e, por isso, há distinção entre os dois. PUGLIESE, Giovanni. "Res corporales", "res incorporales" e il problema del diritto soggettivo. *In Studi in anore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, Vol. 3. Napoles: Jovene, 1954, p. 223.

No mesmo sentido do conteúdo da tese de Villey, Friedrich Carl von Savigny defendeu sua teoria imanentista (também conhecida como civilista, ou ainda, clássica) e foi pelo Código Civil de 1916 adotada. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 88-90. A teoria compreendia a ação como representação do próprio direito material em que não há ação sem direito; não há direito sem ação que o assegure. *Actio autem nihil aliud est quam jus perseguendi in judicio quod sibi debeatur*: A ação nada mais é do que o direito de perseguir em juízo o que lhe é devido.

No estudo surgiram outras teorias acerca do direito de ação de forma a distingui-lo, cada vez mais, do direito subjetivo material que se procura resguardar. Entre elas, a teoria da ação, de Adolf Wach, como direito autônomo e concreto percebe a ação como um direito autossuficiente cuja existência depende do próprio direito material a tutelar. A ação corresponde ao direito à sentença procedente. WACH, Adolf Eduard Ludwig Gustav. *Manual de derecho procesal civil*, v. 1, § 2.º, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1977, p. 42.

Para a teoria do direito potestativo, que teve como defensor Giuseppe Chiovenda formulada em 1903, a ação é interposta contra o adversário e não contra o Estado na qual o direito existente deve ser postulado por seu titular com interesse na prolação de uma sentença favorável. O direito do autor estaria caracterizado pela potestividade. Poder-se-ia provocar o funcionamento da atividade jurisdicional do Estado, perante o adversário, sem que este possa impedir o aludido efeito. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Menagale. São Paulo: Saraiva, 1969, v.I, p. 23.

A teoria do direito abstrato de agir, do alemão Heinrich Degenkolb e do húngaro Alexander Plósz¹⁷⁷, propugna pelo direito de ação como mero direito de provocar a atuação do Poder Judiciário para alcançar uma tutela jurisdicional. DEGENKOLB, Heinrich. *Einlassungszwang und Urteilsnorm — Beiträge zur materiellen Theorie der Klagen insbesondere der Annerkennungsklagen*, Neudruck der Ausgabe Leipzig 1877, Aalen, Scientia Verlag, 1969, p. 32-33, 41-42; PLÓSZ, Alexander. *Beiträge zur Theorie des Klagerechts*, Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, 1880, p. 5 e ss., 30 e ss. e 103 e SS. Todavia, a teoria conseguiu explicar o fenômeno das sentenças de improcedência do pedido ou das ações

As brilhantes teorias sobre a ação estudadas ao longo do tempo levaram à teoria do direito autônomo e abstrato (ecclética), defendida por Enrico Tullio Liebman¹⁷⁸, que distingue claramente entre ação e direito material, em oposição à ação como um direito concreto, fazendo-se com que a existência daquela independa do reconhecimento deste. Independentemente da existência do direito material, a ação é o direito à composição do litígio pelo Estado, preenchidos certos requisitos sob pena de carência da ação, pois mesmo que o magistrado julgue improcedente o pedido do autor, ocorre a composição da lide, pois o direito de ação foi exercido regularmente.

Essa teoria é a hodiernamente vigente e positivada no art. 267, VI, do Código de Processo Civil de 1973 e, para efeito da presente pesquisa, tomaremos por base a ação como o “*direito ao exercício da atividade jurisdicional*”¹⁷⁹. Resultado da vedação a priori da autodefesa e da restrição do uso da autocomposição e da arbitragem que reservou ao Estado, garantido constitucionalmente, a tarefa de resolver os confrontos dos indivíduos em sociedade.

A ação será civil quando trazer em seu bojo pedido que não supere os contornos do direito privado e, portanto, atinja apenas o patrimônio e não a pessoa ou, por outro lado, será ação penal quando veicular uma pretensão punitiva tipificada no Código Penal ou na legislação extravagante¹⁸⁰.

Apesar da expressão ação civil pública esta não se restringe apenas ao direito privado, pois pode pleitear uma pretensão penal. É uma impropriedade do termo, mas que não faz desmerecer sua utilidade prática na resolução dos conflitos metaindividuais¹⁸¹.

declaratórias negativas. Degenkolb, em trabalho ulterior, distingue sua teoria da de Plósz evidenciando que repele a separação, realizada por Plósz, do direito de ação em dois: um processual, de caráter público, outro material, de caráter privado; e, também ao contrário de Plósz, limita o direito público de ação ao processo embasado na boa-fé¹⁷⁷. DEGENKOLB, Heinrich. , Beiträge zum Zivilprozess, 2. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1905, Aalen, Scientia Verlag, 1987, p. 8.

¹⁷⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. Manuale di diritto procesuale civile. Milano: Giuffrè, 1973. V.1, p. 120.

¹⁷⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 19ª Ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

¹⁸⁰ Decorrente do princípio da reserva legal (*nullun crimen, nulla poena sine lege*).

181 A exemplo podemos trazer a decisão do TRF1 - Apelação Cível: AC 12461 GO 2006.35.00.012461-3. Relator: Assusete Magalhães. Julgado em: 06/03/2012. Publicado em: 16/03/2012. “Ação civil pública por ato de improbidade administrativa ajuizada pelo Ministério Público Federal - conduta supostamente ímproba também tipificada como crime (art. 312 do CP)”.

Outro critério de distinção das ações é quanto à natureza da sentença prolatada. Entretanto, neste ponto não há consenso na doutrina. Para uma parte dela tradicionalmente¹⁸², a distinção é tripartite e as ações de conhecimento podem ser declaratórias, constitutivas e condenatórias. Na ação de natureza declaratória o autor pleiteia a declaração da existência ou inexistência de determinada relação jurídica ou a declaração de autenticidade ou falsidade de um documento. Na demanda de cunho constitutivo o pedido do autor é para criar, extinguir ou modificar uma relação jurídica. E na ação condenatória o autor busca criar uma obrigação ao demandado.

Entretanto, esses caminhos a serem percorridos para a satisfação das pretensões deduzidas demonstraram-se limitados e Pontes de Miranda apresentou o ensaio sobre a teoria quinária que acresce mais duas classificações a este elenco, as mandamentais e as executivas *lato sensu*¹⁸³. Na demanda mandamental se pretende uma ordem do juízo para que outrem faça ou deixe de fazer alguma coisa. E na ação executiva *lato sensu*, o objetivo é a realização da capacidade executória.

Apesar de se classificar uma ação cabe observar que quase sempre inexistente uma ação pura¹⁸⁴, pois o conteúdo de eficácia da sentença poderá ser híbrido quando possuir mais de uma carga. Haverá, todavia, a preponderância de uma sobre as demais, que representa melhor aquilo que o autor mais busca, pela qual se dará a denominação da ação¹⁸⁵.

¹⁸² SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas do Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 147 e ss.; MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 164; THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil, Forense*, 1986, p. 63-64; GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 85.

¹⁸³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das Ações*. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1979, Tomo I, RT, 1979, p. 53.

¹⁸⁴ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 95-96.

¹⁸⁵ A Lei nº 11.232/05 criou certa polêmica com a redação do art. 475, inc. I do CPC, em relação a essa classificação no que se refere a "não-exeqüibilidade" da sentença declaratória. Os estudiosos brasileiros preferiram dar uma interpretação mais flexível e compreender que a redação do inciso indica não apenas uma declaração, mas também a condenação. GRINOVER, Ada Pellegrini. Cumprimento da sentença. In: BOTTINI, Pierpaolo; RENAULT, Sergio (coord.): *A nova Execução de Títulos Judiciais – Comentários à Lei 11.232/05*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 125-126. BUENO, Cássio Scarpinella. *A nova etapa da Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, v. I, 2006, p. 136.

Com as últimas alterações na execução de sentença, ao que parece a classificação quinária não mantém todo seu embasamento. Porventura havia razão nas críticas no sentido de não se diferenciar a sentença que antecede a tutela executiva, a qual será concretizada em um processo autônomo, da qual será concretizada em atos subsequentes dentro na mesma relação processual. GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 48.

Na sistemática originária da LACP, em sede de ação civil pública, o pedido era essencialmente condenatório (cominatório), eis que previa apenas as possibilidades de condenação do réu em dinheiro ou no cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (arts. 3º, 11 e 13).

Todavia, após a promulgação do CDC, que acrescentou o art. 21 à LACP, criando o sistema de reciprocidade e permitiu a aplicação do Título III, do CDC, às ações civis públicas, incluiu-se neste caso o art. 83 que admitiu todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela, sendo permitidas, portanto, quaisquer ações – condenatórias, meramente declaratórias e constitutivas positivas ou negativas -, bem como ações cautelares, de execução e mandamentais.

A ação será pública, conforme Nascimento Maciel, quando o titular do direito de ação for o Estado ou privada quando o titular do direito de ação for o particular. Essa atribuição ainda encontra subdivisão quando analisa a ação penal: a) pública incondicionada, quando seu exercício não depende de qualquer requisito; b) pública condicionada à representação do ofendido; c) pública condicionada à requisição do Ministério Público; d) privada exclusiva, em que a titularidade é somente do ofendido ou do representante legal; e) privada subsidiária da pública, quando o particular é legitimado para provocar o judiciário na ausência de manifestação do Ministério Público; f) privada personalíssima, em que a titularidade é somente da vítima¹⁸⁶.

Todavia, esta qualificação quanto à legitimidade para compreendermos a terminologia pública, parte integrante da ação civil pública, não é adequada, visto que a legitimidade é concorrente e disjuntiva e não unicamente do Ministério Público (art. 5º da LACP). Por isso, deve-se compreender o termo pública com enfoque quanto ao objeto social que ela tutela, qual seja, proteção dos direitos metaindividuais, relativo ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, por infração da ordem econômica e da economia popular, e à ordem urbanística¹⁸⁷.

Sobre o assunto Ada Pellegrini Grinover escreve que a sentença condenatória chamada *pura* seria eliminada da classificação, ou seja, aquelas que demandavam um processo de execução autônomo, permanecendo apenas as demais. GRINOVER, Ada Pellegrini. Mudanças estruturais no processo civil brasileiro. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais - nº 1, 2006, p. 203-204.

¹⁸⁶ MACIEL, Nascimento Alves. Ação civil pública. São Paulo: Iglu, 2002.

¹⁸⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação civil pública, 5 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 45.

Desta forma, podemos compreender a terminologia ação civil pública como *direito ao exercício da atividade jurisdicional* conferido a determinados legitimados na *defesa de direitos metaindividuais*.

2.2 Identificação da ação civil pública

Cabe observarmos os elementos identificadores da ação para auxiliar na argumentação futura e compreender os elementos que distinguem uma ação da outra e que servirão igualmente para identificar uma ação civil pública apesar de suas especificidades: as partes, o pedido e a causa de pedir. O ordenamento jurídico exige que estes venham indicados na peça inicial de todos os processos sejam eles propostos na esfera cível (art. 282, II, III e IV do CPC), trabalhista (art. 840, § 1º da CLT) ou penal (art. 41 do CPP)¹⁸⁸.

Seu exame permite ao magistrado identificar: i. a cumulação de ações, ii. quais fatos, mesmo não alegados (art. 131), podem ser conhecidos pelo magistrado sem que altere o pedido ou a causa de pedir o que é proibido nos termos dos arts. 264 e 321 do CPC, iii. litispendência ou coisa julgada, a impedir outra ação (art. 301, parágrafos), iv. conexão e de continência (arts. 103 e 104).

As partes são os elementos subjetivos da ação que terão sua relação regulada pela sentença. São o autor, ou seja, aquele que busca a prestação jurisdicional e o réu, aquele em face de quem é formulado o pedido. É possível haver a pluralidade de agentes em ambos os polos, litisconsortes ativos ou passivos.

A lei permite que o litigante em juízo, parte em sentido formal, aja na defesa de direito alheio, da parte em sentido material. Neste caso, estará configurada a substituição processual. A expressão "parte em sentido material" pode parecer afirmar a existência de direito subjetivo, consoante o direito material. Todavia, conforme José Maria Rosa Tesheiner a afirmação de que o substituto defende direito do substituído é

¹⁸⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.*, p. 261.

um recurso estilístico já que se trata de direito alegado e não de direito certo. De qualquer forma, a sentença é dirigida ao substituído e a parte adversa¹⁸⁹.

Os efeitos da sentença afetarão as partes para as quais é dada, ao substituído, bem como aos seus sucessores não beneficiando, nem prejudicando terceiros nos termos do art. 472 do CPC. Entretanto, a sentença pode, por efeito reflexo, beneficiar ou prejudicar terceiros.

A legitimação para a propositura da ação civil pública é do Ministério Público, da União Federal, dos Estados, dos Municípios, das autarquias, das empresas públicas, das sociedades de economia mista e das associações civis, nos termos do CDC e da LACP. Nesta senda, a ação civil pública permite que ocorra a postulação, em nome próprio de direito de outrem, configurando a substituição processual e, assim, caso de legitimação extraordinária.

Nelson Nery Júnior defende que no caso de tutela de direitos transindividuais a legitimação é autônoma para a condução do processo, por conseguinte, ordinária, no caso de tutela de direitos individuais homogêneos, haveria a substituição processual com a consequente legitimidade extraordinária, (art. 81, III, do CDC)¹⁹⁰. Na hipótese de defesa de direitos transindividuais, os legitimados são apenas aqueles a quem a lei (CDC e LACP) confere a legitimidade ativa, não sendo possível a identificação do titular do direito. Por outro lado, no caso dos direitos individuais homogêneos há a possibilidade de defesa direta por seus titulares, em legitimação ordinária, ou pelos legitimados em lei (CDC e LACP), em substituição processual.

A identificação das partes, no âmbito coletivo, é importante para delimitar a extensão dos efeitos da sentença, eis que poder-se-ia pensar que aqueles que não participaram do processo coletivo portanto, não exerceram seu direito constitucional ao devido processo consagrado nos termos do art. 5º, inciso LIV, da CF, não devem por eles serem atingidos.

Por isso, apesar de a ação não ser proposta por quem é o titular do direito material, os efeitos desta que versarem sobre direitos difusos, nos termos da disciplina específica trazida no art. 103 do CDC e art. 16 da LACP, serão *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas. Caso os direitos forem coletivos a eficácia da coisa julgada será *ultra partes* e atingirá um grupo, categoria ou

¹⁸⁹ TESHEINER, José Maria Rosa. Os elementos da ação. *Ajuris*, Porto Alegre, (62): 108-35, nov. 1994.

¹⁹⁰ NERY JUNIOR, Nelson. Código de Processo Civil Comentado, p. 1319.

classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica de base. Se, entretanto, a ação for para a defesa de direitos individuais homogêneos o efeito será *erga omnes*, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores. Será, também, *secundum eventum litis*¹⁹¹, de forma que provimento favorável alcançará a todos os membros da categoria e o contrário não os alcançará, possibilitando-os a propositura de ações individuais¹⁹².

No decorrer do estudo da representação adequada e da coisa julgada adentraremos as peculiaridades que a identificação das partes, elemento identificador da ação, pode ser diferenciada em relação às ações individuais em razão da característica coletiva das ações civis públicas.

Os elementos objetivos da ação são o pedido¹⁹³ e a causa de pedir¹⁹⁴. O pedido divide-se em imediato, na parte em que se refere à natureza do provimento pleiteado, e mediato, quanto ao conteúdo do provimento – o bem material ou imaterial buscado pelo autor. Para haver identidade de pedidos deverão ser idênticos os dois

¹⁹¹ Este tratamento diferenciado já era previsto no art. 18 da Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965).

¹⁹² GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. In: *Revista Forense*, volume 361: Editora Forense, Rio de Janeiro, 2002, p. 8.

¹⁹³ Os pedidos podem ser concorrentes entre si e porventura um excluir o outro. Isso pode acontecer no caso de continência, em que o pedido maior absorverá o menor. Chiovenda apresenta o concurso de ações em que i. mesma causa de pedir, mesmo pedido, partes em polos distintos, ii. mesmas partes, mesmo pedido, causas diversas, iii. mesmas partes, mesma causa de pedir, pedidos diversos, contudo inclinados ao mesmo efeito econômico. Não está configurada, nestes casos, a litispendência, entretanto, a satisfação do pedido em uma das ações, determina a extinção da outra, por desaparecimento do interesse de agir. CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Campinas: Brookselers, 2003, p. 136.

¹⁹⁴ No art. 282, inciso III o CPC determina que o autor aponte, na petição inicial, os fatos, os fundamentos jurídicos do pedido e a causa de pedir. De acordo com Chiovenda a causa de pedir é o fundamento, o argumento do pedido do autor. CHIOVENDA, Giuseppe. *op. cit.*, p. 358. Não é a *causa petendi* a norma abstrata de lei arrolada pela parte em juízo, mas os elementos de fato. Assim, a mera modificação do raciocínio jurídico não faz com que as ações se diferenciem e se houver o concurso de normas sobre o mesmo fato o magistrado deverá decidir de ofício, eis que está vinculado ao princípio do *iura novit curia*.

Conforme Carnelutti a causa de pedir.

Entretanto, José Maria Rosa Tesheiner aponta que se o pedido é de declaração de existência ou inexistência de relação jurídica, a causa de pedir claramente se amolda ao fato gerador dessa mesma relação que faz parte do pedido. Por outro lado, se o pedido é com fito a outro provimento nada impede que a relação jurídica incorpore a causa de pedir. TESHEINER José Maria Rosa. Os elementos da ação. *Ajuris*, Porto Alegre, (62): 108-35, nov. 1994.

pedidos imediato e mediato. Para Liebman a causa de pedir consiste no fato ou relação jurídica que o autor argumenta como fundamento de sua ação¹⁹⁵.

A ação civil pública é um instrumento que tem por objetivo a resolução dos conflitos coletivos. Seu objeto é a defesa dos direitos metaindividuais previstos no ordenamento brasileiro¹⁹⁶. Assim, o pedido na ação civil pública é a proteção do bem da vida tutelado e que pode ter, como causa de pedir, o ponto que autoriza um dos autores legitimados a asseverar sua razão, não vinculando o magistrado ao ato, nem a lei abstrata, mas ao ajuste, a combinação que se dá entre os dois¹⁹⁷.

O ordenamento brasileiro, permite que nas ações coletivas destinadas para tutela dos direitos individuais homogêneos, mesmo que a demanda já tenha sido proposta pelo legitimado coletivo, que o indivíduo pleiteie seu direito individualmente, pois o seu processo não induz litispendência com a ação civil pública (art. 104 do CDC). Não alcançando aqui, pois, a identidade da parte detentora do direito material. Por outro lado, pode o autor de uma demanda individual, ao tomar ciência da propositura de uma ação coletiva, nos termos do art. 94 CDC, decidir nesta também se habilitar. A litispendência, neste caso, levará à extinção da ação individual.

Observemos ainda que entre duas ações civis públicas pode haver litispendência eis que qualquer dos legitimados pode estar representando os mesmos titulares do direito material em face do mesmo polo passivo. Neste caso, a melhor solução seria a reunião dos processos para que as provas que embasaram cada processo sejam utilizadas para melhor corroborar as alegações e defesa dos direitos tutelados.

Em oposição há elementos que não se prestam a identificar as ações, como exemplo, a norma abstrata invocada pelo autor que não obstar a aplicação de norma diversa pelo magistrado. Da mesma forma, as condições da ação já que o autor carecedor da ação poderá renová-la, em análoga a situação ou provida a condição faltante (art. 268, c/c o art. 267, VI do CPC).

Cabe aqui uma observação, o interesse de agir não serve para distinguir uma ação de outra se as demandas discutirem a necessidade ou não da tutela pretendida, pois permanece a mesma. Por outro lado, se o resultado de uma foi a inadequação do

¹⁹⁵ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale de diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 172.

¹⁹⁶ NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *op. cit.*, p. 1403.

¹⁹⁷ CARNELUTTI, Francesco. *Trattato del processo civile: diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958, p. 172

provimento, outra será a demanda em que se busque o provimento adequado, porque haverá modificação do pedido.

Quanto à legitimação para a causa, haverá a propositura de nova ação com a mesma pretensão de direito se porventura anteriormente apenas foi negada a legitimação da parte e na nova demanda há a confirmação. Contudo, se a legitimidade discutida for a titularidade do direito haverá a análise do mérito pelo magistrado e constituirá elemento identificador da ação eis que a causa de pedir será diversa.

2.3 Condições da tutela coletiva

O direito (poder) público, subjetivo de provocar o exercício da atividade jurisdicional do Estado pode ser exercido de forma individual ou coletivamente; e, a viabilidade jurídica da pretensão deduzida pela parte em face do direito positivo é averiguada pelo magistrado quando da análise da presença das condições da ação, sendo elas: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e *legitimatío ad causam*.

A ausência de qualquer uma dessas condições impede que o mérito da causa discutida em juízo seja analisada, acarretando a extinção do processo nos termos do art. 267, inciso VI, do CPC.

Diante da inexistência de conceituação da possibilidade jurídica do pedido pelo CPC a doutrina tem interpretado-a como a “*conformidade do pedido com o ordenamento jurídico*”.¹⁹⁸ A jurisprudência também já firmou seu entendimento, considerando-a como “*a admissibilidade em abstrato da tutela pretendida, vale dizer, na ausência de vedação explícita no ordenamento jurídico para a concessão do provimento jurisdicional*” (STJ. REsp 254.417/MG, DJ de 02.02.2009)¹⁹⁹.

¹⁹⁸ GRECO, Leonardo. A Teoria da Ação no Processo Civil, São Paulo: Dialética, 2003, p. 31.

¹⁹⁹ Assim como Enrico Tullio Liebman, alguns autores consideram que a possibilidade jurídica do pedido não é uma condição da ação autônoma e faz parte do interesse de agir, pois diante da existência de proibição legal em relação a um pedido não há interesse processual em razão do improvimento final. LIEBMAN, Enrico Tullio. Manuale di diritto processuale civile. Modificou seu entendimento a partir da 3ª edição de seu manual.

Há autores ainda, que identificam a possibilidade jurídica do pedido inserida no mérito da causa, e desta forma, só é possível analisá-la após observar todos os fatos e isto ultrapassaria a análise

Levando em conta as discussões da doutrina, o Anteprojeto do Código de Processo Civil extraiu a possibilidade jurídica do pedido do rol das condições da ação²⁰⁰ e como justificativa a Comissão de Juristas, na exposição dos motivos, explicita que “*deixou, a possibilidade jurídica do pedido, de ser condição da ação. A sentença que, à luz da lei revogada seria de carência da ação, à luz do Novo CPC é de improcedência e resolve definitivamente a controvérsia.*”²⁰¹

No direito, o interesse²⁰² de agir, outra condição da ação – e que ainda permanece no anteprojeto, está presente quando o autor tem a necessidade de provocar o exercício da atividade jurisdicional do Estado para atingir o bem da vida pretendido que está sendo discutido com a outra parte, e que o provimento lhe traga utilidade real. É um interesse secundário e instrumental, pois não consiste no bem da vida pleiteado, mas na necessidade e utilidade da tutela jurisdicional; que não deve ser utilizada de modo supérfluo ou inútil.

Há a presunção de que o Ministério Público Federal detém interesse de agir relativo à ação civil pública²⁰³, eis que o *Parquet* tem a função de defender os interesses indisponíveis da sociedade. Entretanto este interesse não deve ser confundido com a legitimidade eis que deverá ser analisada em cada caso, o tocante a *necessidade*, pois há situações concretas que o resultado desejado pode ser alcançado sem a utilização do processo e eventual presunção absoluta do interesse

superficial (teoria da asserção) que se faz quando da análise das condições da ação. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Comentários ao código de processo civil. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 3, p. 217. E LACERDA, Galeno. Despacho saneador. 3. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1990, p. 88.

²⁰⁰ Art. 17. Para propor a ação é necessário ter legitimidade e interesse.

Art. 472. O juiz proferirá sentença sem resolução do mérito quando:

I- indeferir a petição inicial;

VI- o juiz verificar ausência de legitimidade ou interesse processual

Art. 305. A petição inicial será indeferida quando:

II- a parte for manifestamente ilegítima

III- o autor carecer de interesse processual

²⁰¹ Comissão de Juristas, Exposição de Motivos do Novo Código de Processo Civil. Projeto de Lei 166/2010. Presidida por Luiz Fux, Ministro do Superior Tribunal de Justiça, e relatado pela jurista Teresa Arruda Alvim Wambier.

²⁰² O interesse, etimologicamente significa estar entre, do latim *inter est*, como sentido de obstáculo, para corresponder depois por metonímia à atenção espontânea dirigida para objetos ou atividades correspondentes às tendências do indivíduo.

²⁰³ Neste sentido o julgado do TRF4 - Apelação Cível: AC 964 RS 2009.71.07.000964-4. Relatora Marga Inge Barth Tessler. Julgado em: 01/12/2010. Publicado em: 17/12/2010, entendimento da redação do art. 1.º da Lei Complementar 40/81 e do art. 129, inciso III da CF.

de agir geraria o risco de uma hipertrofia da ação civil pública com seu uso generalizado e indiscriminado²⁰⁴.

Quanto às associações, o legislador decidiu que deveriam demonstrar um mínimo de interesse de agir, que está ligado umbilicalmente a seus fins institucionais. Devem estar constituídas há pelo menos um ano (para demonstrar uma prática reiterada na defesa dos interesses) e, constm em próprios atos constitutivos os interesses que defendem, conforme dispõe o inc. II, do art. 5º, da LACP²⁰⁵.

Em relação aos entes políticos e órgãos da administração descentralizada (art 5º, *caput* da LACP), apesar de inexistir obrigação em lei deve haver coincidência entre o fim destes e a ação coletiva²⁰⁶.

Podemos neste caso deduzir que o interesse de qualquer um dos colegitimados à propositura da ação civil pública deverá ser avaliado pelo exame do caso concreto, e determinar a satisfação da necessidade – adequação – utilidade²⁰⁷.

Se ao final não restar demonstrado o interesse processual, o processo deverá ser extinto sem o julgamento do mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do CPC.

Agora observando nossa última condição da ação, conforme ensinamentos de Fredie Didier, legitimidade²⁰⁸ para agir é a pertinência subjetiva da ação, ou seja, é preciso inquirir o elemento subjetivo da demanda: os sujeitos, pois é imperioso que satisfaçam não apenas os pressupostos processuais subjetivos para agir em juízo, como também se enquadrem em situação jurídica autorizadora a conduzir o processo. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse buscado na pretensão; e a passiva caberá ao titular do interesse que resiste à pretensão; ninguém pode pleitear em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei (art. 6, do CPC) na chamada de substituição processual²⁰⁹.

²⁰⁴ DINAMARCO, Pedro da Silva. Ação civil pública. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 286-287

²⁰⁵ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Ação civil pública. São Paulo: Atlas, 1999, p.82

²⁰⁶ MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 57.

²⁰⁷ MANCUSO, Rodolfo Camargo. *op. cit.*, p. 57.

²⁰⁸ Cabe primeiro definir que a legitimação jurídica é a atribuição de titularidade, prerrogativa a uma pessoa para atuação diante de outra pessoa ou objeto; legitimidade para agir (*ad causam petendi* ou *ad agendum*) e legitimidade para o processo não se confundem (*legitimatío ad processum*), aquela é condição da ação, enquanto esta é pressuposto processual que se refere à capacidade para estar em juízo.

²⁰⁹ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 7ª ed., Salvador: Podivm, 2007, p. 17.

Atualmente aumentam as necessidades comuns e com isso cresce o número de participação social de grupos civis organizados (associações, sindicatos, partidos políticos, entre outros) e de representantes do Estado (Ministério Público, Defensoria Pública) discutindo cada vez mais os interesses metaindividuais. Nessas causas coletivas, há inúmeros colegitimados legalmente autorizados a atuar na defesa do mesmo direito (seja ele difuso, coletivo ou algumas vezes até mesmo individual homogêneo), cuja titularidade pertence a um único sujeito (a coletividade e/ou um grupo). Esses autores atuam como legitimados autônomos para a condução do processo ou substituto processuais, razão pela qual, em alguns casos, os titulares materiais dos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos serão atingidos pela coisa julgada que se formar em primeiro lugar.

2.4 Da principiologia da tutela coletiva

A ampliação da tutela coletiva (extrajudicial e judicial) gerou a necessidade de um sistema próprio formado por seu conjunto de princípios e ideias. Os princípios paulatinamente tem encontrado destaque nos ordenamentos jurídicos do mundo e aqui não é diferente.

Para o presente trabalho podemos guardar a noção de princípio como uma norma geral e abstrata que traduz valores e orienta o ordenamento jurídico. Estabelecem o maior rendimento de um direito ou de um bem jurídico observadas as possibilidades fática ou jurídica²¹⁰.

Os princípios constituem os alicerces do sistema e se propagam por diversas normas complementando o sentido, eis que revela a análise teórica do ordenamento atribuindo-se simetria e harmonia. Um princípio constituiu mandamento do sistema e, portanto, constituiu sua base de edificação²¹¹.

²¹⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 1992, p. 1215.

²¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 95.

A juridicidade dos princípios, conforme os escritos de Bonavides, percorre três fases: na primeira, a jusnaturalista, onde os princípios encontram-se completamente em um plano abstrato com uma normatividade nula e incerta²¹². Na segunda fase, a positivista, os princípios estão previstos na norma posta unicamente como fonte normativa subsidiária da lei, assegurando-lhe emprego. Na terceira, a pós-positivista, os princípios alcançaram o tratamento de direito e passaram a ser sustentáculos de todo o ordenamento jurídico²¹³.

Nesta senda, observamos que o jusnaturalismo envolveu a ideia de que os princípios são válidos em todos os tempos e lugares, eis que vinculados ao que é justo. No positivismo o direito válido é o direito posto apartado da ideia de justiça²¹⁴. O pós-positivismo, por outro lado, indica que os princípios devem ser estudados e resguardados como direito.

Podem ser diversas as funções dos princípios em um sistema normativo, pois podem alicerçar a ordem jurídica; auxiliar no processo interpretativo e complementar da lei, em razão de sua própria natureza de generalidade; expressar valores e ter normatividade própria²¹⁵.

Como norteador do trabalho interpretativo do direito, conferem maior respaldo e consistência para a elaboração e defesa da tese. Na função de suplementadores da lei, os princípios empregados em conjunto com a lei possibilitam que no caso concreto se atinja efetivamente a Justiça.

A aplicabilidade direta dos princípios permite que estes venham a sancionar, derogar ou invalidar regras singulares. Como exemplo, Francisco Lima cita o princípio da subsidiariedade como responsável por diversos resultados que lhe são inerentes, mesmo que na falta de norma legal expressa²¹⁶.

A tutela dos direitos metaindividuais tem como suporte vários princípios, entre eles: o princípio constitucional da eficiência, o princípio da máxima efetividade da

²¹² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. atual. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, p. 259.

²¹³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23. ed. atual. ampl. São Paulo: Malheiros Editores, p. 264.

²¹⁴ NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 371/384.

²¹⁵ LIMA, Francisco Meton Marques de. *O Resgate dos Valores na Interpretação Constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como 'ser-moralmente-melhor'*. Fortaleza: ABC Editora, 2001, p. 107.

²¹⁶ LIMA, Francisco Meton Marques de. *op. cit.*, p. 112.

tutela e o princípio da adequada representação. Somados a estes existem outros que os diversos modelos e anteprojetos de Código de Processo Coletivo silenciaram-se, tais como, os princípios da superioridade do interesse público ou da não-taxatividade.

É evidente a expansão e desenvolvimento pelo qual vem passando o direito processual coletivo, alavancado pelo aumento da propositura de demandas de massa e com o foco de dar maior efetividade à prestação jurisdicional.

Com este ponto de vista em foco é que a análise dos princípios processuais coletivos tem progredido. O aumento da discussão sobre o assunto pela doutrina, pela sociedade e pelos próprios tribunais levou ao crescimento da análise do regramento da tutela coletiva dos direitos e tudo isso já tem contribuído para o aprimoramento do teor das decisões.

A tutela dos direitos metaindividuais só tende a se desenvolver em decorrência da evolução irreversível das relações humanas. Assim, é importante que cada vez mais o processo que garante esses direitos seja melhorado e se torne mais eficiente com o auxílio, em particular, da principiologia sobre ao assunto.

2.4.1 Princípio da adequada representação (legitimação)

O princípio da adequada representação, também conhecido como princípio do controle judicial da legitimação coletiva, estabelece que a ação coletiva deve ser proposta e defendida por um representante que use de boa técnica²¹⁷.

Neste contexto, a legitimação seria daquele que reunir condições de adequadamente acompanhar e atuar em juízo em defesa dos direitos pleiteados²¹⁸. O propósito é de atuação e defesa plena da situação jurídica coletiva e que todas as etapas do processo sejam percorridas com boa técnica e probidade.

No sistema norte-americano qualquer indivíduo é legitimado a propor ação coletiva se provar, ao magistrado, o preenchimento de requisitos pré-definidos, para

²¹⁷ DIDIER JR., Fredie e ZANETI JR., Hermes. Op. cit., p. 128.

²¹⁸ DIDIER JR, Fredie; JANETI JR, Hermes. *Curso de direito processual civil*. vol. 4. 5.ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 113.

então ser considerado o representante adequado da categoria. No sistema brasileiro, a princípio, o controle foi definido em lei pelo poder legislativo quanto aos entes descritos no art. 5º da lei 7.347/85, que dá a presunção de que todos são representantes adequados da coletividade.

2.4.2 Do princípio da eficiência

O princípio é norteador de toda a Administração Pública, previsto no art. 37, da CF, e que deve estar presente não apenas na ação civil pública como na pesquisa do inquérito civil, eis que a eficiência deve nortear as funções do Ministério Público em toda a coleta dos dados ensejadores da propositura ou não da ação civil pública.

O princípio da eficiência invoca que todos os agentes do Estado trabalhem por melhores resultados e alcancem a eficácia e a eficiência de seus atos. O princípio da eficiência deverá ser observado pelo Promotor de Justiça no exame da oportunidade e conveniência ou não da propositura do inquérito civil, haja vista as características da lesão e do eventual exercício produtivo do Ministério Público. Não devemos olvidar que o *Parquet* tem em sua disponibilidade, ainda, um procedimento de menor complexidade, designado como *procedimento preparatório* pelo CNMP (art. 2.º, § 5.º, da Resolução nº 23), com prazo de tramitação menor que também é norteador pelo princípio ora em foco.

Outro ponto de ramificação do primado da eficiência é a de fundamentar a não propositura da ação civil pública quando o representante detiver a legitimidade para fazê-lo, não se justificando, neste caso, utilizar o aparato estatal para propor uma ação que outros representantes do direito coletivo podem e devem iniciar.

A necessidade da comunicação social, ou seja, àquela destinada à sociedade para dar conhecimento do inquérito deve ser analisado pelo *Parquet* levando em conta o princípio da eficiência eis que deverá sobrepesar se há necessidade de se dar ciência à população para se acautelarem possíveis consumidores desinformados e para unir aqueles que sofreram a mesma lesão.

A conduta eficiente do Promotor de Justiça na decisão de informação da população auxilia na prevenção do dano, no desestímulo da conduta e na produção de uma ação mais embasada com maior obtenção de provas e localização do maior número de vítimas.

A ausência de divulgação das ações civis públicas pode levar à sua ineficácia eis que poderiam ressarcir diversos consumidores lesados que não se habilitam em juízo por desconhecimento da demanda. Neste caso, caberá o arbitramento e remessa ao fundo (art. 100, do CDC).

Assim como este primado pode incentivar a divulgação pode, por outro lado, impedi-la, atribuindo o sigilo necessário quando for essencial para a investigação elucidar e levantar as provas que poderão ser eliminadas ou colher o depoimento de testemunhas que poderão ser levadas a modificar a realidade dos fatos.

O primado constitucional da eficiência e a repercussão social²¹⁹ diversas vezes já abordada pelo STJ impossibilitaram a aplicação do “princípio da indisponibilidade da ação civil pública”, pois os limites da estrutura do Estado não permitem ao *Parquet* propor ações para a defesa de todas as lesões aos direitos metaindividuais.

Podemos entender por este princípio da indisponibilidade da ação civil pública, como aquele que prescreve que em caso de desistência infundada ou abandono de ação civil pública pelo autor legitimado, um membro do Ministério Público ou outro legitimado deverá assumir a titularidade ativa. Muitos autores o reconhecem disposto no art. 5º, §3º da lei 7.347/85 e no art. 9º da lei 4.717/65.

Este preceito, por vezes, tem como fundamento a indisponibilidade do interesse público que permeia as ações coletivas. Para Didier essa regra tem como foco a propositura efetiva e a continuidade das ações coletivas²²⁰. O legislador parece ter se esforçado em impedir possíveis fraudes por meio de simulações ou conluio entre as partes.

Assim ocorrendo, se o Ministério Público substituir o autor originário que tenha desistido ou abandonado uma demanda coletiva sem qualquer fundamento, estará configurada a sucessão processual. A qualidade de parte será alcançada na transmissão da titularidade, mesmo que ainda não tenha exercido os atos do

²¹⁹ REsp 855181/SC, 2006/0128915-4, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ 1/09/2009, DJe 18/09/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/>

²²⁰ DIDIER JR, Fredie; JANETI JR, Hermes. *op. cit.*, p. 125.

processo. Pode ocorrer i. com a propositura da demanda; ii. com a citação; iii. com a intervenção espontânea; iv. com a sucessão²²¹.

Sabemos que a desistência não é vedada pelo ordenamento pátrio, e por isso, Teori Albino Zavascki defende não ser possível o argumento que aduz que a desistência pelo Ministério Público não é vedada e, portanto, estaria permitida. Já que esta regra vale para o particular, os agentes do Estado somente podem praticar atos para os quais são autorizados por norma legal e sua atuação não está vinculada à vontade pessoal de seus agentes, mas a uma finalidade impessoal e pública, definida em lei²²².

A desistência da ação extingue o processo sem julgamento do mérito (art. 267, inciso VIII, CPC), diferentemente da renúncia do direito extingue o feito com análise do mérito (art. 269, inciso V, CPC). Da observância do art. 38 do mesmo diploma, vê-se que assim como na renúncia para a desistência se exige do advogado poderes específicos.

Do mesmo modo, o Ministério Público não pode desistir da ação civil pública após sua propositura, eis que igualmente não pode dispor de outros direitos processuais interligados a direito material dos titulares do direito.

Este é um tema intrincado uma vez que não observa a autonomia e independência no exercício das funções do Ministério Público (art. 127, § 1.º da CF) em não continuar com uma ação, por exemplo, temerária.

Acreditamos que da mesma forma que o Ministério Público não é obrigado a ajuizar a ação civil pública, também não está obrigado a dar prosseguimento ao processo abandonado pelo autor. É nessa diapasão, que Dinamarco escreve que diante da desistência ou abandono infundado da associação-autora, o Ministério Público não estará obrigado a assumir a titularidade da causa, pois deverá fazê-lo quando, a seu exclusivo critério, existir interesse social²²³.

As argumentações autorizadoras para esse desfecho são as mesmas da liberdade para o ajuizamento, ou seja, o Ministério Público é somente um dos colegitimados e, principalmente, envolvido pelo manto da independência funcional.

²²¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litisconsórcio*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 22.

²²² ZAVASCKI, Teori Albino. *O Ministério Público e Ação Civil Pública*. Revista n. 114, ano 29, 1992, p. 155.

²²³ DINAMARCO, Candido Rangel. *Litisconsórcio*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 232.

Entretanto, se a ação veicular notório interesse social que pode ser observado pela extensão da ofensa ou importância da coisa jurídica a ser tutelada, deverá o Ministério Público, na falta de outro legitimado, propor a ação e assumir o polo ativo.

Como indicado por Guilherme Fernandes Neto²²⁴ neste caso, vê-se a relevância de se incentivar novas associações de defesa do consumidor a buscarem a defesa de direitos metaindividuais que não apresentam repercussão social por meio de ação civil pública.

2.4.3 Princípio da máxima efetividade do processo coletivo

O princípio da máxima efetividade do processo coletivo ou do ativismo judicial, proveniente do princípio constitucional da eficiência, aplica-se tanto na esfera judicial quanto na extrajudicial em defesa dos direitos metaindividuais²²⁵. Para alcançá-lo há a outorga de maior liberdade ao órgão jurisdicional, com base no interesse público que envolve a lide em um processo coletivo.

O magistrado deve agir dentro dos ditames da Constituição como meio de viabilizar a resolução do conflito e as expectativas da coletividade. São manifestações deste primado o procedimento adotado pelo magistrado no controle das políticas públicas, nas possibilidades de flexibilização procedimental e na ampliação dos poderes instrutórios²²⁶.

Outras expressões deste primado são encontradas na tutela extrajudicial quando o *Parquet*, por exemplo, mantém sempre esforços de elaborar corretamente o Termo de Ajustamento de Conduta, propiciando sempre a observância do interesse público envolvido.

²²⁴ FERNANDES NETO, Guilherme. Inquérito Civil e Ação Civil Pública. Atlas, no prelo.

²²⁵ ALMEIDA, Gregório Assagra de. O poder judiciário brasileiro como instituição de transformação *positiva* da realidade social. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18475/O_Poder_Judici%C3%A1rio_Brasileiro_Como_Institui%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=2, acessado em 15 de setembro de 2012.

²²⁶ DIDIER JR, Fredie; JANETI JR, Hermes. *op. cit.*, p. 27-28.

2.4.4 Princípio da não-taxatividade

O princípio da não-taxatividade ou da atipicidade do processo coletivo se desenrola em dois aspectos: um deles dispõe que não se deve deixar de efetivar o acesso à justiça de novos direitos coletivos eis que têm definição aberta e outro ao fato de que qualquer meio de tutela é autorizado para a garantia desses direitos²²⁷. No microsistema coletivo este princípio é previsto, dentre outros diplomas, no art. 83 do CDC, no art. 212 do ECA e no art. 82, da Lei nº 10.741/2003.

Qualquer ação pode ser ampliada e passar a tutelar os direitos coletivos, como a ação monitória com o objeto de executar um Termo de Ajustamento de Conduta, eis que não faz diferença a nomeação que recebe a ação, já que o que ponto principal é a sua substância²²⁸.

2.4.5 Princípio da integratividade do microsistema processual coletivo

Por sua peculiaridade para tutela coletiva o legislador editou normas específicas no intuito de assegurar a efetividade jurisdicional. Dentro deste microsistema foram redigidas leis como a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor que se posicionam no centro deste e se transformaram em fontes de normas básicas que regem o processo para a defesa dos interesses coletivos. Ao lado da LACP e do CDC, outros diplomas normativos complementam esse sistema, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, Estatuto das Cidades, Mandado de Segurança Coletivo. Todas essas normas se interligam e se comunicam com as normas que compõem o centro do sistema, com a aplicação subsidiária das normas ou no auxílio interpretativo das demais normas. Configura-se neste caso, a “Teoria do Diálogo das Fontes Normativas” ou “Sistema

²²⁷ DIDIER JR, Fredie; JANETI JR, Hermes. *op. cit.*, p. 127.

²²⁸ DIDIER JR, Fredie; JANETI JR, Hermes. *op. cit.*, p. 128.

Integrativo Aberto” e, não existindo norma garantidora do direito coletivo neste microssistema, deve-se buscar regramento para ser aplicado ao caso no Código de Processo Civil.

Nesta senda, o magistrado deverá primeiro observar o grupo de normas legislativas que formam o microssistema coletivo e, na ausência de regra protetiva do direito coletivo, deverá examinar o sistema geral e procurar a norma adequada à correta resolução do conflito com justiça²²⁹. Cabe salientar que esta teoria está esposada nos esforços doutrinários, mas vem sendo aceita pelos Tribunais Superiores.

2.4.6 Princípio da superioridade do interesse público

O princípio da superioridade do interesse público ramifica-se tanto sobre o inquérito civil, como sobre a ação civil pública. Quanto ao inquérito civil, o princípio vem previsto na Resolução nº 23, do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP, que traz a superioridade do interesse público como fundamento à restrição ao conhecimento do conteúdo ao inquérito civil com a imposição do sigilo necessário²³⁰.

Quanto à ação civil pública serviu de fundamento para a propositura do Projeto de Lei nº 746/2003 que dispôs sobre a prioridade da ação civil pública sobre outras ações salvo *habeas corpus* e mandado de segurança²³¹.

²²⁹ DIDIER JR, Fredie; JANETI JR, Hermes. *op.cit*, p. 123.

²³⁰ Art. 7.º, § 4.º, § 4º A restrição à publicidade deverá ser decretada em decisão motivada, para fins do interesse público, e poderá ser, conforme o caso, limitada a determinadas pessoas, provas, informações, dados, períodos ou fases, cessando quando extinta a causa que a motivou.

²³¹ Art. 1.º Parágrafo único. Os processos pertinentes às ações civis públicas terão prioridade sobre todos os demais, exceto os incoados por *habeas corpus* e mandados de segurança.

3 TUTELA COLETIVA – PERSPECTIVA COMPARADA

No direito norte-americano, o desenvolvimento das ações coletivas foi estimulado pela mobilização social de grupos em disputa de propriedade ou por consumidores²³². Consiste no procedimento em que o autor é um indivíduo ou um pequeno grupo que representa uma classe com a qual partilha um interesse. É admitida nos casos em que a aglomeração de todas as partes em um mesmo processo não é razoável ou apresentaria obstáculos quanto à jurisdição e à competência.

Por outro lado, no direito brasileiro, a mobilização foi dos profissionais do direito em busca do tratamento processual de conflitos metaindividuais, talvez, em razão da falta de consciência político-jurídica de grupos ou pela debilidade organizacional da sociedade civil brasileira.

Para Antonio Gidi a ação civil pública brasileira é uma ação interposta por um legitimado autônomo, com o objeto de resguardar um direito coletivamente considerado, cujos efeitos da sentença atingirão uma coletividade.²³³ Marinoni, ao interpretar o art. 83 do CDC salienta que, na realidade, é um rol *numerus apertus* de ações que poderão ser utilizadas desde que capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos coletivos. Nesta senda, não há apenas uma ação coletiva, mas sim ações diferentes entre si sob a alcunha ação coletiva²³⁴.

Quanto à diferenciação entre as expressões “ação civil pública” e “ação coletiva” a doutrina se divide. Uma corrente defende a distinção entre as expressões, visto que a ação civil pública é aquela proposta pelo Ministério Público em defesa de

²³² *West v. Randall*. 29 F. Cas. 718 (1820) (No. 17,424). United States Court of Appeals for the First Circuit. Magistrado: Joseph Story. É um dos primeiros casos de ação coletiva relatados que envolveu uma disputa sobre a propriedade de William West. *Smith v. Swormstedt* - 57 U.S. 288 (1853). Disputa entre membros da Methodist Episcopal Church South por parte da propriedade em especial do fundo 'Book Concern'. *Ben-Hur v. Cauble*, 255 U.S. 356 (1921) ação movida pelos membros da Associação de benefício fraternal na disputa do controle dos fundos de investimento mantidos pela associação.

²³³ GIDI, Antonio. Coisa julgada e litispendência em ações coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 16

²³⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de conhecimento. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 748.

interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos e ação coletiva aquela proposta por qualquer outro legitimado²³⁵.

Continuando o raciocínio a respeito da diferenciação, Mazzilli analisa que nos termos da ordem legal, ação civil pública é aquela proposta com base na LACP, independente de quem seja o autor; e a ação coletiva é aquela fundamentada nos arts. 81 e seguintes do CDC²³⁶, mesmo que os sistemas se completem²³⁷.

No mesmo sentido, João Batista de Almeida distingue as expressões com base no objeto tutelado. Assim, por meio das ações civis públicas deverá ser pleiteada a defesa de interesse difuso e coletivo, por outro lado, a ação coletiva deverá demandar pela defesa de interesse individual homogêneo²³⁸. Complementa Teori Albino Zavascki ao registrar que há de se distinguir a tutela de direitos coletivos com tutela coletiva de direitos²³⁹.

Há, ainda, outra parte da doutrina brasileira que defende que as “ações coletivas” são o gênero, do qual a ação civil pública faz parte, bem como, a ação popular, o mandado de segurança coletivo e toda ação que tenha em foco a defesa de interesses coletivos lato sensu²⁴⁰.

Não há que se olvidar, que há mais uma cisão na doutrina e esta se posiciona no sentido de que é possível a utilização de uma expressão pela outra já que a LACP criou uma reciprocidade com o CDC e integrou os dois instrumentos normativos e, portanto, os diplomas legais interagem tornando desnecessária a dualidade entre as ações²⁴¹.

235 TESHEINER, José Maria. Ações coletivas relativas a direitos individuais homogêneos e o Projeto de Lei nº 5.139/2009. Revista Interesse Público, Ano XII, 2010, nº 59. p. 67-70

236 MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 16. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 65-66.

237 GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. Curso de direito processual coletivo. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.18.

238 ALMEIDA, João Batista de. Ação Civil Pública e Ação Civil Coletiva: Afinidades e Distinções. Revista de Direito do Consumidor, nº 26, p. 113.

239 ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 38-40.

240 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. Curso de Direito Processual Civil.Vol. 4: Processo Coletivo. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 60-63; e BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. Revista de Processo. nº61. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro-março 1991. p. 189-190.

241 NERY JUNIOR, Nelson. Código de Processo Civil comentado. 7 ed. São Paulo : RT, 2003, p. 1.447; e ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo Von. Sistema da ação civil pública no processo do trabalho. São Paulo: Ltr, 2005, p. 99.

A utilização das expressões como sinônimas é possível ser observada no Projeto de Lei nº 5.139/2009 que dispõe sobre a ação civil pública em seu enunciado e *caput* do art. 1º e sobre ações coletivas no §2º do art. 1º, no título do Capítulo III, no art. 5º a 7º e no art. 10; dispondo sobre ambas as expressões como forma de tutela de interesses coletivos.

Ação civil pública e ação coletiva são expressões sinônimas que representam o instrumento processual utilizado na tutela de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Por isso, apesar de todo esforço doutrinário encontramos expressões sobre a desnecessidade de adjetivação²⁴² do instituto jurídico-processual denominado ação e até mesmo um certo dissabor²⁴³ nesta práxis.

O termo ação civil pública teve sua origem, antes de toda esta discussão, quando disposto na Lei complementar nº 40/81, art. 3º, inciso III, que estabeleceu entre as funções do Ministério Público a promoção da ação civil pública. De modo que foi concebido inicialmente como a ação civil decorrente de delito proposta por membro do Ministério Público, não havendo relação com direitos de natureza coletiva²⁴⁴.

Logo depois, o CDC dispôs sobre os direitos individuais homogêneos e procedimento específico para sua tutela, dando-lhe o nome de ação coletiva. Entretanto, o art. 110 do CDC acrescentou o inc. IV ao art. 1º da LACP e definiu que a Ação Civil Pública se destina à proteção de qualquer outro interesse difuso ou coletivo. Somado à esta disposição o CDC ainda redigiu o art. 117 do CDC que somou o art. 21 à LACP aplicando à defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais o disposto no Título III do CDC, que dispõe sobre o processo coletivo para reparação de danos individuais homogêneos.

É provável que a manutenção da nomeação, na forma que a conhecemos hoje, se deve mais ao fator histórico já que o anteprojeto elaborado pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, que continha a expressão ação civil pública como ocorria em sua Lei Orgânica Nacional, teve seu trâmite mais célere²⁴⁵. Mas somado a isso vemos que o CDC criou a possibilidade de utilização dos termos como iguais.

²⁴² VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Tutela Jurisdicional Coletiva. São Paulo: Atlas, 1998, p. 28-30.

²⁴³ DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986, p. 117.

²⁴⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. *op. cit.*, p. 67 sobre a derogada Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – Lei complementar nº 40/81.

²⁴⁵ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *op. cit.*, p. 30.

As críticas ao *nomen* ação civil pública alcançam maior profundidade quando se analisa parte da expressão. Mazzilli critica a adjetivação pública, já que toda ação é pública e é voltada ao Estado para apresentar o provimento final ao direito buscado pelo demandante²⁴⁶. As normas orientadoras da intervenção do Estado sempre serão de direito público, base de seu próprio poder (*imperium*) que dá força imperativa às suas decisões²⁴⁷.

Ensina Vigliar que a adjetivação da ação levou em conta apenas seu caráter subjetivo, por conseguinte, quando for ajuizada pelo Ministério Público, do contrário, a expressão não poderia ser utilizada, restando uma ação civil privada²⁴⁸. Portanto, já que a legitimidade não é apenas do Ministério Público, como também da Defensoria Pública, da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, das autarquias, das empresas públicas, das fundações de economia mista, das associações e dos sindicatos, não se fundamenta a manutenção dessa adjetivação.

Para suplantar este entendimento, logo houve esforços em vincular o aspecto público das ações civis públicas ao caráter objetivo do processo, já que a justificativa atada ao caráter subjetivo não havia como subsistir dado ao amplo rol de legitimados. Por conseguinte, a feição pública se manteve dada a importância do interesse público tutelado na ação, denominados interesse difuso, coletivo e individual homogêneo²⁴⁹.

Por fim, Adamovich assinala a existência de uma ambiguidade na expressão ação civil pública, já que a esfera civil traduz uma relação privada que é distinta da pública. Soma-se a este fato que a tutela dos interesses difusos é por ele classificada como um terceiro gênero, não integrante da relação privada ou pública, e sim transindividuais²⁵⁰.

A doutrina ainda não pacificou um assentimento geral quanto qual adjetivação deveria ser dada a ação em defesa de interesses difusos. Por bem, compartilhamos do entendimento de Nery de que a legislação em vigor criou uma reciprocidade e

²⁴⁶ MAZZILLI, Hugo Nigro. *op. cit.*, p. 26.

²⁴⁷ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela Jurisdicional Coletiva*. São Paulo: Atlas, 1998, p. 29.

²⁴⁸ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Ação civil pública, Lei nº 7.347/1985 – 15 anos. In: *Ação civil pública ou ação coletiva?* São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 444.

²⁴⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 157-158.

²⁵⁰ ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo Von. *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo: Ltr, 2005, p. 104.

integrou os instrumentos normativos e, portanto, os diplomas legais interagem tornando desnecessária a dualidade entre as ações.

3.1 Aspectos gerais

São objetos que merecem enfoque especial no estudo das ações civis públicas, a identificação da classe, o controle da efetiva capacidade de representação da classe e a notificação dos membros dessa classe. São temas que estão intimamente ligados, pois a sentença proferida em uma ação civil pública pode estender seus efeitos em relação a todos eles. A adequação da representação e a notificação aos membros da classe ou do grupo são condições necessárias e suficientes para o julgamento que deverão ser observadas por todos os membros da classe, independentemente da sua participação no processo.

Nesta senda, a análise separada da legitimidade para agir, da coisa julgada e da publicidade é apenas para melhor didática e estudo pelo leitor, pois todas essas características estão interligadas intimamente visto que a não observância de uma influenciará as demais.

3.2 Objeto comum

O objeto na ação civil pública, assim como em outras ações civis, é conhecido por seu pedido, que pode ser provimentos jurisdicionais de qualquer natureza (cominatório, condenatório, mandamental, declaratório ou constitutivo) que leve à cessação da conduta que importou em dano ou lesão a interesse difuso, coletivo ou individual homogêneo. Assim, por exemplo, poderá ser uma condenação em dinheiro a título indenizatório por lesões sofridas ou poderá revelar o cumprimento de uma obrigação de fazer ou não fazer. Apesar de ser possível extrair uma conclusão mais

limitada da análise do art. 3º da LACP, é possível qualquer espécie de provimento jurisdicional pacificada com o art. 83 do CDC ao qual se remete o art. 21 da LACP.

O ideal buscado é a execução específica com o restauro ao *status quo ante* do interesse lesado. Todavia, nem sempre a reparação do mal feito é possível, então, deverá ser convertido em pecúnia e revertido para o fundo do art. 13 da LACP. Na persecução da ação o magistrado poderá determinar o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de *astreintes* (art. 11 da LACP). Neste caso, o objeto da ação será predominantemente cominatório²⁵¹.

Se a reparação *in natura* não for possível o infrator deverá restabelecer o dano *in specie*, tendo neste caso a ação civil pública natureza condenatória. Se a ação tiver como objeto provocar a atuação do réu a natureza será mandamental. Caso a ação tenha por objeto a declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, terá natureza declaratória. Se, por fim, o objeto for a criação, modificação ou a extinção de uma relação jurídica, sem estabelecer condenação ao réu, com efeitos *ex tunc* ou *ex nunc*, será constitutiva.

Cabe aqui trazer o posicionamento ilustre de Pontes de Miranda, que em seus estudos identificou o princípio de que cada ação não possui uma única e exclusiva carga de eficácia, por isso, há de se buscar uma classificação com vista à carga de eficácia predominante na sentença que se busca²⁵².

Quanto aos direitos por ela reguardados são os mais amplos possíveis visto que é possível pleitear a defesa de “qualquer outro interesse difuso ou coletivo” (art. 1, inciso IV da Lei 7.347/85) e individuais homogêneos (art. 81 do CDC c/c art. 21 da LACP).

O CDC regula a proteção tanto de interesses quanto de direitos como se fossem expressões sinônimas motivo pelo qual inutiliza qualquer razão, prática ou

²⁵¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 31. Vários são os exemplos de objetos com natureza cominatória trazidas no livro do autor quando cita o rol de Paulo Affonso Leme Machado, sendo alguns deles: proceder à reformas necessárias de bem tombado (art. 19 do Dec.-Lei 25/37); reflorestamento (art. 2 e art. 18 da Lei 4.771/1965); obrigação de recuperar os danos causados (art. 4, VII, da Lei 6938/1981); impedimento de exploração em parques (art. 5, parágrafo único, da Lei 4771/1965).

²⁵² MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das Ações*. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1974, tomo 3.

teórica, em diferenciá-las ontologicamente²⁵³. Maciel Júnior aponta que este é um processo contemporâneo onde tem havido uma assimilação entre os dois institutos, fruto de uma derivação do pensamento de Bentham e de Ihering de que o interesse que afeta ao Direito é um interesse juridicamente tutelado, ou seja, um direito²⁵⁴.

Neste sentido tem se posicionado a doutrina²⁵⁵ e, diante da proteção que a própria legislação dá, não é possível discordar da utilização como sinônimas. Assim, passaremos a conhecer os direitos protegidos.

Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos são, para Carlos Henrique Bezerra Leite²⁵⁶, espécies do gênero “interesses metaindividuais”, também conhecidos como “transindividuais” ou “supra-individuais”. Sendo compreendidos como direitos difusos (art. 81, I do CDC), os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; direitos coletivos, 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; direitos individuais homogêneos, os decorrentes de origem comum.

Entretanto, cabe anotar que a defesa desses direitos é proveniente da evolução da proteção de direitos, dividida pela doutrina em três (ou quatro ou cinco, se assim preferirmos) dimensões ou gerações. Diverge a doutrina quanto à nomenclatura empregada, Paulo Bonavides expressamente utiliza o termo gerações para explicar a inserção histórica dos direitos fundamentais nas constituições dos países²⁵⁷.

Parte da doutrina tem se posicionado no sentido de que o termo gerações é inadequado para descrever esta distinção dos direitos fundamentais, pois pode suscitar a errônea noção de que a evolução levaria à substituição de uma geração por outra, já que, em verdade, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não traduz

²⁵³ WATANABE, Kazuo et. al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed., rev. e atual. até junho de 2001 Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 739.

²⁵⁴ MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula. Teoria do direito coletivo: direito ou interesse (difuso, coletivo e individual homogêneo)? *Revista Trabalhista – Direito e Processo*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 9, p. 233-279, jan./mar. 2004, p. 22-25.

²⁵⁵ NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed., rev., mod. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 697 e ALVIM, Teresa Arruda. Apontamentos sobre as ações coletivas. In: *Revista de Processo*, n. 75: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1994, p. 274.

²⁵⁶ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação Civil Pública – Nova Jurisdição Trabalhista Metaindividual – Legitimação do Ministério Público* – São Paulo: LTr – 2001, p. 25.

²⁵⁷ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 563.

apenas o aspecto cumulativo e complementar deste processo, mas também o de unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno²⁵⁸.

Ademais, o próprio Bonavides arremata seu pensamento reconhecendo que no caso do termo gerações levar apenas sucessão cronológica e, portanto, a uma possível caducidade dos direitos das gerações antecedentes deverá ser dada proeminência científica ao termo dimensões²⁵⁹.

Pelo exposto adotaremos o termo dimensão diante de sua coerência em não contribuir com a ideia de sucessão de uma dimensão pela outra. A primeira dimensão de direitos fundamentais é constituída por direitos de caráter negativo, vale dizer, referem-se às liberdades negativas clássicas, que enfatizam o princípio da liberdade, traduzidas pela abstenção (*rectius*, não-intervenção) do Estado na esfera individual²⁶⁰.

São expressões das conquistas da burguesia em limitar os poderes absolutos do Estado no decorrer das revoluções liberais francesa e norte-americana. Representam os direitos civis e políticos que, apesar de alguma variação, continuam a incorporar as modernas Constituições²⁶¹ e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

A não intervenção do Estado, apesar do paradoxo, começou a ser encarada como outra possível ameaça. Neste diapasão se desenvolvem os direitos de segunda dimensão, relacionados à liberdade anteriormente celebrada, mas agora com a atuação do Estado diante de políticas públicas.

Constituem, pois, os direitos positivos, correspondendo aos direitos sociais (básicos: alimentação, saúde, educação etc.), culturais e econômicos²⁶². São frutos da luta árdua travada pelo proletariado na Revolução Industrial em busca da proteção desses direitos.

O desenvolvimento levou a sociedade a rever o conceito de tutela de direitos de forma individualista e sua impropriedade na busca dos resultados esperados. Os fenômenos da globalização e de consumo em massa completaram o contexto em que

²⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 55

²⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 1993, p. 571-572.

²⁶⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 12-13

²⁶¹ BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 516.

²⁶² BONAVIDES, Paulo. *Op. cit.*, p. 517.

os direitos de terceira dimensão surgem. Passa-se a pensar no coletivo, e assim a tutela dos cidadãos, com a previsão dos princípios da solidariedade ou fraternidade caracterizados por sua transindividualidade²⁶³.

Resultam da revolução tecnocientífica, dos meios de comunicação e de transporte que, ao mesmo tempo, estimularam a remodelação do processo civil para atender apropriadamente a essas novas necessidades.

A continuidade dessa evolução levou a sociedade a um grau avançado de desenvolvimento tecnológico e, com isso, ao surgimento dos direitos de quarta dimensão. Entretanto, não há ainda um assentimento geral sobre sua substancia. Norberto Bobbio propugna que estes direitos estão relacionados à engenharia genética²⁶⁴.

Já para Paulo Bonavides estes possuem conexão com a democracia, a informação e o pluralismo e são eficazes ao lado dos direitos das demais dimensões²⁶⁵. Marcelo Novelino elenca os mesmos direitos como integrantes da quarta dimensão e correspondentes, por fim, à concretude do Estado social²⁶⁶.

Há que se registrar a existência para alguns autores, como por exemplo, Hugo César Hoeschl, de direitos de quinta, sexta e até sétima dimensões, consequências da globalização e do progresso tecnológico e na área da genética²⁶⁷. Para o ilustre autor, na quinta dimensão estariam os direitos difusos, em especial nas demandas ambientais e de consumo; na sexta dimensão os direitos ligados à bioética; e na sétima dimensão o direito digital²⁶⁸.

²⁶³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 737.

²⁶⁴ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.6.

²⁶⁵ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 571-572.

²⁶⁶ NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2.ed. Rev. Atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008, p. 229.

²⁶⁷ HOESCHL, Hugo Cesar, BARCIA, Ricardo Miranda. *A telemática e os direitos da sétima dimensão*. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, São Paulo, v.174, p.9-14, 1999.

²⁶⁸ HOESCHL, Hugo César. *A vida digital e os direitos da sétima dimensão*. Disponível em: < http://www.i3g.org.br/producaotc/direito_digital/digital/panorama1.htm>.

Como direito de quinta dimensão Bonavides realoca o direito à paz, antes um direito de terceira dimensão²⁶⁹, para lhe dar distinção frente aos últimos conflitos armados que têm devastado países.

Apesar do empenho acima em apresentar a classificação no estudo dos direitos fundamentais, o esforço acadêmico não deve apresentar uma análise estanque, os direitos não devem ser repartidos em dimensões estagnadas representando quais direitos tiveram prevalência em determinados momentos históricos.

Entretanto, esse rol não deve ser aberto e ilimitado. Para evitar a inflação de direitos fundamentais ou até mesmo sua banalização com a abertura demasiada é necessário haver critérios para sua definição. Para Alston uma nova proposta de direito fundamental deveria: refletir um importante valor social; ser relevante para todos, embora em grau variável dados os diferentes sistemas no mundo; ter base em normas da Carta da ONU, ou em regras jurídicas costumeiras, ou nos princípios gerais de direito; ser consistente com o atual sistema de direito internacional; ser capaz de alcançar um alto nível de consenso internacional; ser compatível ou pelo menos não claramente incompatível com a prática comum dos Estados; e ser suficientemente preciso para dar lugar a direitos e obrigações identificáveis²⁷⁰.

A contínua evolução do pensamento humano tornou possível a estruturação de cada uma das dimensões dentro do ordenamento jurídico. No início a inquietação se fixou na proteção individual do ser humano; mais tarde convergiu para a proteção de uma coletividade social e, posteriormente, uma coletividade difusa.

Não há como antecipar o aparecimento de novos direitos fundamentais e, quando ocorre, é preciso um tempo para que se concretize uma convergência de ideias sobre eles, por isso, não é possível fixar um fim a este estudo.

O direito norte-americano dispõe na Rule 23 (b) (2), a possibilidade da *class action* buscar, no caso de alguém agir de maneira inadequada - ou deixar de agir de maneira adequada, a condenação de fazer ou não fazer (*injunctive relief*); ou a correspondente sentença declaratória (*declaratory relief*) não se prestando este tipo de

²⁶⁹ BONAVIDES, Paulo. *Interesse Público*. Revista do Superior Tribunal de Justiça, volume 8, nº. 40, de nov./dez. de 2006.

²⁷⁰ ALSTON, Philip. *Conjuring up new human rights: a proposal for quality control*. American Journal of International Law, v. 78, e s, 1984, p. 615.

ação de classe a pedido de indenização. Nessas espécies é vedado o *opt-out* (direito de exclusão de membro da classe).

Em Portugal a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais é objeto de persecução da ação popular da Lei n. 83/95, tendo assim objeto mais amplo do que a nossa ação popular, eis que engloba o objeto contido na LACP, no CDC e na CRFB.

3.3 Representação adequada

O enfoque contemporâneo das ações civis públicas é a representatividade de grupos, classes e categorias ligados por vínculos de diversas naturezas, os quais, geralmente, são submetidos na sociedade. A atualidade impôs a necessidade de outro critério de fundamentação da ação civil pública, pois, com o aumento das especializações e a impossibilidade de se individualizarem os grupos como no período medieval, é imperioso distinguir o fator de união entre os membros da sociedade que formem um grupo e possa representar os demais.

A análise da legitimidade que realizamos no presente trabalho merece um exame aprofundado sob o enfoque coletivo, pois em algumas ocasiões o titular do direito não é aquele a quem a lei confere legitimidade para buscar a proteção em juízo.

Para este estudo, os principais preceitos legais são o art. 82 do CDC e o art. 5º da LACP que devem ser compreendidos de forma sistêmica (art. 90 do CDC c/c art. 21 da LACP). A legitimação para a propositura das ações civis públicas é outorgada *ope legis*, concorrente e disjuntiva, visto que a intervenção de um dos legitimados não impede a dos demais.

Este ponto nos distancia da *class action* que ao contrário do ordenamento brasileiro autoriza qualquer cidadão provocar o judiciário representando uma coletividade desde que o magistrado julgue, caso a caso, “adequada” a representação dos interesses do grupo. O requisito da *fair representation* é intrínseco na formação dessas ações como meio de compatibilização com as exigências constitucionais do devido processo legal e do contraditório de forma a permitir aos membros ausentes o

seu *figurative day in court*, caso contrário, o magistrado indeferirá a ação civil pública²⁷¹.

Para a configuração da *adequacy of representation* a doutrina lista três elementos cumulativos e obrigatórios: i. os representantes precisam provar que possuem efetivo interesse jurídico na propositura da ação; ii. o patrono deverá gozar de competência técnica e *bona fides* para a condução do processo; iii. apurar possível discórdia na classe e, sendo este o caso, poderá separar em quantas subclasses forem necessárias, tal qual, realizado pela Suprema Corte no caso *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*²⁷². Nestes casos, a *res judicata* alcançará apenas os indivíduos integrantes do grupo original, que não tenham sido elencados em novas subclasses.

Assim, a representatividade adequada corresponderá na aptidão técnica, institucional e financeira da parte na demanda coletiva. Tem como função confirmar a preparação da parte de modo a impedir processos coletivos frágeis e incertos que prejudicariam a coletividade.

Mesmo que a *actio popular* não possa ser indicada como causa influenciadora da *class action*, vale destacar que aquela permitia ao magistrado analisar todos os autores que intencionassem propugnar em favor do direito e decidir por aquele que aparentasse maior capacidade moral e interesse pessoal na resolução do conflito.

No direito norte-americano consta na Regra 23 (a) (4) das FRCP a representatividade adequada como uma das quatro exigências que deverão ser observadas simultaneamente para que a ação civil pública seja admitida em juízo, assim, entre outros, o representante precisará convencer o magistrado de que agirá de forma honesta e adequada em busca da proteção dos interesses da classe.

Essa exigência não apenas diminui a possibilidade de haver colusão, como também estimula o desempenho do representante e do patrono e permite que o processo tenha acesso aos efetivos interesses do grupo de modo que resultado obtido seja igual ou próximo ao que seria obtido em ações individuais.

²⁷¹ COUND, FRIEDENTHAL, MILLER E SEXTON. Civil Procedure - Cases and Materials, St. Paul, West Publishing Co., 5ª. ed., 1989, p. 664.

²⁷² U.S. Supreme Court. *Eisen v. Carlisle & Jacquelin Et. At.*, 417 U.S. 156 (1974). No. 73-203. Argued February 25, 1974. Decided May 28, 1974. Disponível em: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=417&invol=156>

A Corte poderá verificar o preenchimento dos requisitos da representação adequada em duas ocasiões. Primeiro, o magistrado deverá confirmar se a ação proposta é uma *class action* onde o autor desfrute de condições para representar adequadamente todos os membros do grupo. Segundo, havendo arguição por algum membro ausente da classe após a finalização da *class action*, deverá o magistrado julgar se a representação da *class action* foi adequada e houve efetivo e pleno esforço do representante. Neste caso, os efeitos da sentença (e da coisa julgada) da ação deverão ser estendidos, pois a deliberação pode constituir precedente com capacidade de influenciar e ditar os rumos da solução de uma nova demanda apresentada à Corte.

Houve tentativa de inserir a representatividade adequada no ordenamento brasileiro com o projeto de Lei n.º 3034 em 1984 apresentado pelo deputado Flávio Bierrenbach, entretanto, afastou-se do magistrado a função de examinar, caso a caso, a adequação e capacidade do representante e escolheu-se a legitimação *ope legis*²⁷³.

Apesar da legitimidade atribuída por lei, há quem defenda a possibilidade do controle da 'representatividade adequada' pelo magistrado no caso concreto já que não há incompatibilidade desta com o ordenamento pátrio. É possível vislumbrar exemplo dessa harmonia no art. 82, §1º, do CDC quando dispensa o requisito de pré-constituição para a legitimação das associações de defesa do consumidor nos casos de manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. Há a extensão da legitimidade a um sujeito que a priori não é considerado por lei como tal, ainda que temporariamente, após o exame do caso pelo magistrado. O magistrado também realiza esse exame da representatividade adequada quando analisa se há relevância social dos interesses defendidos quando da atuação do Ministério Público na defesa dos direitos individuais homogêneos.²⁷⁴

A despeito do art. 129, inciso III, da CF dispor entre as funções do Ministério Público a proteção dos interesses difusos e coletivos, a doutrina e jurisprudência têm

²⁷³ Projeto de Lei n. 3.034 de 1984 (do Sr. Flávio Bierrenbach). Disciplina as ações de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, previstas no § 1º do artigo 14 da Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981 ou a valores artísticos, estéticos, históricos, turísticos e paisagísticos, e dá outras providências.

²⁷⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. In: Revista Forense, volume 361: Editora Forense, Rio de Janeiro, 2002, p. 5-6.

admitido sua atuação na tutela desses interesses individuais homogêneos quando forem sociais ou individuais indisponíveis e houver relevância social.

Neste sentido, ao Ministério Público o ordenamento brasileiro outorga legitimidade na defesa dos direitos individuais homogêneos art. 82, inciso I do CDC, em conformidade com suas funções e com sua destinação institucional (art. 129, III da CF), em busca da defesa da ordem jurídica disposta no art. 127 do mesmo diploma²⁷⁵. Neste sentido, se os direitos individuais homogêneos se identificarem com os interesses ou direitos coletivos, interesses sociais e individuais indisponíveis, será o Ministério Público legitimado para a propositura da causa²⁷⁶.

Quando não atuar no processo como parte, o *Parquet* deverá figurar obrigatoriamente como fiscal da lei (*custos legis*), nos termos do disposto no §1º, do art. 5º da Lei nº 7.347/1985 e do caput do art. 92 da Lei nº 8.078/1990. Do mesmo modo, caso ocorra a desistência infundada ou o abandono do processo, o Ministério Público assumirá a titularidade ativa da lide. Só haverá obrigatoriedade na assunção pelo Ministério Público se, em seu exame discricionário decorrente de sua independência funcional, observar que está diante de uma hipótese em que o levaria ao ajuizamento da ação, passando a ser neste caso dever de agir²⁷⁷.

A possibilidade de exame da propositura ou não da ação permite, *contrario sensu*, que o Ministério Público também possa desistir da ação proposta já que esta não se assemelha à indisponibilidade da ação penal²⁷⁸. O entendimento de Nery Junior é que o magistrado poderá homologar e concordar com o arquivamento ou poderá usar a prerrogativa do art. 28 do CPP em um esforço analógico e remeter os autos ao PGJ, que confirmará a desistência ou nomeará outro membro do Ministério Público para dar continuidade à demanda²⁷⁹.

Mazzilli, ao examinar a hipótese e afastar a impossibilidade de desistência da ação de Chiovenda, traz uma possibilidade diferente e defende a possibilidade da desistência fundamentada, com analogia ao art. 9 da Lei nº 7.347/1985, remetendo os autos ao exame do Conselho Superior do Ministério Público para ratificação ou

²⁷⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de conhecimento. 6º ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 745.

²⁷⁶ Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 195.056/PR. Rel. Min. Carlos Velloso. DJ 30/05/2003.

²⁷⁷ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Tutela Jurisdicional Coletiva. São Paulo: Atlas, 1998, p. 158.

²⁷⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *op. cit.*, p. 128.

²⁷⁹ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil comentado. 2. Ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 1996, p. 1418.

reforma²⁸⁰. Para não ferir o princípio da independência funcional, em caso de reforma, deverá designar outro membro do Ministério Público para continuidade da ação.

No mesmo passo, a Defensoria Pública é legitimada para a ação civil pública protetora dos interesses individuais homogêneos conforme consubstancia o art. 5º, II da LACP que não anda na contramão de sua finalidade primordial desde que para a defesa dos necessitados (art. 134 c/c art. 5º, LXXIV ambos da CF). Não é, entretanto, obstáculo que os efeitos do julgado se estendam a outros sujeitos e não se restrinja apenas à esfera jurídica dos necessitados. Caberá ao magistrado também esta valoração²⁸¹.

Os sindicatos, nos termos do art. 8º, inciso III, da CF, poderão propor ação civil pública para a defesa dos interesses da categoria. Mais uma vez, deverá aqui também o magistrado examinar caso a caso o legítimo interesse destes legitimados.

A lei estipula, para alguns dos legitimados, requisitos que deverão ser preenchidos para que possam demonstrar "representatividade adequada", tais como, as associações civis e os órgãos públicos. A associação deverá ser constituída há pelo menos um ano (art. 5º, *caput* da Lei 7.347/1985 e art. 5º, LXX, b, da CF); e deverão comprovar que, entre suas finalidades institucionais, está a proteção do interesse sobre o qual quer demandar (art. 5º, IV, b da Lei 7.347/1985).

Os autores do Projeto de Lei nº 3.034/1984 inspirados na *class action* e em sua *adequacy of representation* apresentaram proposta do magistrado aferir no caso concreto a representatividade adequada revelada pelos dados de constituição a seis meses da associação e que esta incluísse entre suas finalidades a proteção ao meio ambiente ou a valores artísticos, estéticos, históricos, turísticos ou paisagísticos²⁸². Entretanto, como é de conhecimento, a LACP optou por condições objetivas para a aferição.

²⁸⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. *op. cit.* p. 126-131.

²⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de conhecimento*. 6º ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 746.

²⁸² O art. 2.º do projeto de lei dispõe que no processo penal, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, com os poderes previstos no Código de Processo Penal, a associação que, a critério do juiz, demonstre representatividade adequada, revelada por dados como:

I - estar constituída há seis meses, nos termos da lei civil;

II - incluir, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente ou a valores artísticos, estéticos, históricos, turísticos ou paisagísticos.

Parágrafo único. Poderão as associações legitimadas intentar ação privada subsidiária da pública, se esta não for proposta no prazo legal (art. 29, CPP).

Quando em busca da tutela de direitos essencialmente coletivos a legitimação da associação será ordinária, pois estará promovendo a defesa de interesse próprio já que os interesses de seus associados são também seus. Por outro lado, quando pleitear a defesa dos interesses individuais homogêneos, atuará como substituta processual nos termos do art. 6º do CPC.

Oportuno aqui lembrar que o art. 5º, § 4º da Lei nº 7.347/1985 permite ao juiz, como vimos, dispensar o requisito da pré-constituição, desde que “haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”.

Já o requisito da pertinência temática, qual seja, a adequação entre o objeto da ação e a finalidade institucional não pode ser dispensado pelo juiz. Em atenção ao princípio constitucional do acesso à Justiça e da máxima efetividade dos direitos fundamentais a análise da pertinência temática realizada pelo magistrado há de ser flexível e ampla, de forma que possibilite que a tutela coletiva promova a busca dos direitos da coletividade.

Para as associações (art. 5º da LACP, art. 82 do CDC, art. 210, III do ECA e art. 81 do Estatuto do Idoso) exige-se o nexos entre os fins institucionais da entidade e o objeto da tutela. Quanto aos partidos políticos, atualmente, não mais se questiona acerca da pertinência já que não possuem a restrição jurisprudencial derivada do vínculo de pertinência temática²⁸³.

Na Itália a Lei n.º 281 que disciplina os direitos dos consumidores e usuários estabelece várias condições que devem ser preenchidas pelas associações para atuarem em juízo, o que poderá gerar alguma dificuldade. Entre eles, no art. 5º exige o registro prévio à propositura do processo coletivo junto ao Ministério da Indústria²⁸⁴ e

²⁸³ STF, ADIn 1.407-2/DF, rel. Min. Celso de Mello. DJ Nr. 23 do dia 01/02/2001.

²⁸⁴ A Legge nº 281, 30 luglio 1998 disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti e traz em seu art. 5 o elenco delle associazioni dei consumatori e degli utenti rappresentative a livello nazionale.

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

2. L'iscrizione nell'elenco e' subordinata al possesso, da comprovare con la presentazione di documentazione conforme alle prescrizioni e alle procedure stabilite con decreto del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, da emanare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, dei seguenti requisiti:

a) avvenuta costituzione, per atto pubblico o per scrittura privata autenticata, da almeno tre anni e possesso di uno statuto che sancisca un ordinamento a base democratica e preveda come scopo esclusivo la tutela dei consumatori e degli utenti, senza fine di lucro;

no art. 3.º impõe um lapso temporal de 15 dias para a propositura da ação civil pública a contados da data em que a associação tiver requerido, a quem é imputada a responsabilidade, por meio de carta com aviso de recebimento, a cessação do comportamento lesivo aos consumidores²⁸⁵.

b) tenuta di un elenco degli iscritti, aggiornato annualmente con l'indicazione delle quote versate direttamente all'associazione per gli scopi statuari;

c) numero di iscritti non inferiore allo 0,5 per mille della popolazione nazionale e presenza sul territorio di almeno cinque regioni o province autonome, con un numero di iscritti non inferiore allo 0,2 per mille degli abitanti di ciascuna di esse, da certificare con dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà resa dal legale rappresentante dell'associazione con le modalità di cui all'articolo 4 della legge 4 gennaio 1968, n. 15;

d) elaborazione di un bilancio annuale delle entrate e delle uscite con indicazione delle quote versate dagli associati e tenuta dei libri contabili, conformemente alle norme vigenti in materia di contabilità delle associazioni non riconosciute;

e) svolgimento di un'attività continuativa nei tre anni precedenti;

f) non avere i suoi rappresentanti legali subito alcuna condanna, passata in giudicato, in relazione all'attività dell'associazione medesima, e non rivestire i medesimi rappresentanti la qualifica di imprenditori o di amministratori di imprese di produzione e servizi in qualsiasi forma costituite, per gli stessi settori in cui opera l'associazione.

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

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

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

Disponível em: <http://www.camera.it/parlam/leggi/982811.htm>.

²⁸⁵A Legge n° 281, 30 luglio 1998, disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti e em seu art 3 traz a legittimazione ad agire às 1. Le associazioni dei consumatori e degli utenti inserite nell'elenco di cui all'articolo 5 sono legittimate ad agire a tutela degli interessi collettivi, richiedendo al giudice competente: a) di inibire gli atti e i comportamenti lesivi degli interessi dei consumatori e degli utenti; b) di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate; c) di ordinare la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale oppure locale nei casi in cui la pubblicità del provvedimento può contribuire a correggere o eliminare gli effetti delle violazioni accertate.

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

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

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

5. In ogni caso l'azione di cui al comma 1 può essere proposta solo dopo che siano decorsi quindici giorni dalla data in cui le associazioni abbiano richiesto al soggetto da esse ritenuto

A lei de defesa dos consumidores italiana determina que a legitimidade das associações não exclui o direito à propositura de demandas individuais, exceto nos casos de litispendência, continência, conexão e reunião de ações²⁸⁶.

Retornando ao ordenamento brasileiro, a pertinência temática para Administração Pública Direta se relaciona, ainda que de modo flexível e não exclusivo, com a sistemática de competências. Deste modo, o Município deverá buscar a defesa de interesses locais, o Estado de interesses de âmbito regional e a União de interesses nacionais. Nesta senda, a Administração Pública Indireta, quando se tratar de entes e órgãos públicos despersonalizados, também deverá demonstrar a pertinência temática para pleitear a defesa dos interesses e direitos coletivos (art. 82, III do CDC). Cabe aqui observar que a Administração Pública Indireta não está restrita apenas à proteção dos direitos previstos no CDC, pois o preceito legal merece interpretação extensiva, diante da predisposição doutrinária e jurisprudencial de aumentar os meios de defesa do direito de ação civil pública.

A Defensoria Pública deverá demonstrar na defesa dos direitos coletivos e individuais homogêneos que a tutela pretendida seja em benefício dos hipossuficientes (art. 134 da CF). Quando em defesa dos direitos difusos, apesar de inexistir consenso, há uma inclinação rumo à ampla legitimidade²⁸⁷.

Em relação à legitimidade das fundações a legislação foi um pouco vaga. A lei não especifica se a fundação legitimada à propositura de uma ação civil pública é de natureza pública ou privada e, diante disso, criou-se uma divergência na doutrina.

Para adentrar neste estudo, de um modo geral, podemos dizer que fundação é uma pessoa jurídica com patrimônio próprio e objetivos não-lucrativos fixados pelo instituidor. A classificação das fundações não encontra posição uníssona no Direito Administrativo, assim, para análise da legitimação tomaremos como entendimento aquele dado por Di Pietro que compreende que o ente público instituidor

responsabile, a mezzo lettera raccomandata con avviso di ricevimento, la cessazione del comportamento lesivo degli interessi dei consumatori e degli utenti.

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

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

Disponível em: <http://www.camera.it/parlam/leggi/982811.htm>.

²⁸⁶ O art. 3, n.7 da Lei nº 281, de 30 julho 1998, disciplina os direitos dos consumidores e dos usuários.

²⁸⁷ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. Curso de direito processual coletivo. 2. Ed., SRS Editora, 2007, p. 138.

imputará à fundação pública personalidade de direito público ou de direito privado²⁸⁸. E fundação privada àquela instituída por iniciativa de particulares.

Para Carvalho Filho a fundação pública tem legitimidade para ação civil pública independentemente se é regida por direito público ou direito privado, bastando que seja fundação pública²⁸⁹. Hugo Mazzilli admite a legitimidade às fundações privadas, mas inclui o requisito de constituição de pelo menos um ano²⁹⁰. Nelson Nery Junior também escreve no sentido de legitimação também das fundações privadas, mas desde que preencham o requisito de ter entre suas finalidades institucionais a defesa de um dos direitos protegidos pela LACP²⁹¹.

A Lei portuguesa nº 83/95, que regula o procedimento da ação popular, tem uma legitimação ampla e concorrente que engloba qualquer cidadão no gozo de seus direitos civis, bem como associações, fundações e autarquias²⁹². Para evitar a concomitância de ações com a mesma lesão ou ameaça dela, já que não é possível a configuração da litispendência sob ponto o de vista clássico, mesmos sujeitos, pedido e causa de pedir, o art. 498 do Código de Processo Civil português criou a identidade de sujeitos quando as partes forem as mesmas sob o ponto de vista da sua qualidade jurídica²⁹³.

O art. 3º da mesma lei traz como requisitos para a representação dos legitimados ativos – as associações e fundações: a personalidade jurídica. Para tanto, devem incluir expressamente nas suas atribuições ou nos seus objetivos estatutários a defesa dos interesses em causa no tipo de ação de que se trate – neste caso muito se

²⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, São Paulo: Atlas, 2007, p. 404.

²⁸⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo* (Lei n. 7.347/85), 7. ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 150-151.

²⁹⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. Os interesses transindividuais: sua defesa judicial e extrajudicial. In: KONZEN, Afonso Armando (Org.). *Encontros pela justiça na educação*. Brasília: FUNDESCOLA/MEC, 2000. p. 690. Ministério da Saúde, 2003. P.

²⁹¹ NERY JUNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil comentado*. 7 ed. São Paulo: RT, 2003, p. 1.415-1416.

²⁹² O art. 2 prevê a titularidade dos direitos de participação procedimental e do direito de acção popular

1 - São titulares do direito procedimental de participação popular e do direito de acção popular quaisquer cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos e as associações e fundações defensoras dos interesses previstos no artigo anterior, independentemente de terem ou não interesse directo na demanda.

2 - São igualmente titulares dos direitos referidos no número anterior as autarquias locais em relação aos interesses de que sejam titulares residentes na área da respectiva circunscrição.

²⁹³ O art. 498 disciplina os requisitos da litispendência e do caso julgado

n. 2 - Há identidade de sujeitos quando as partes são as mesmas sob o ponto de vista da sua qualidade jurídica.

assemelhando à nossa ação civil pública - e a proibição de exercerem qualquer tipo de atividade profissional concorrente com empresas ou profissionais liberais²⁹⁴.

Assim como nos moldes do ordenamento brasileiro os requisitos são de ordem objetiva que, a priori, dispensam a análise da idoneidade e capacidade para uma representação adequada pelo magistrado.

Apesar da amplitude de legitimação para a garantia do acesso a Justiça o mesmo não alcança o Ministério Público luso já que sua atuação é prevista tão somente como fiscal e representante nos termos do art. 16 e atuará com parte apenas em caso de substituição do autor²⁹⁵.

A Regra 114 das *Federal Court Rules* canadense admite a legitimidade ativa e passiva de qualquer pessoa em uma ação civil pública, eis que autoriza a propositura por ou contra uma pessoa que atua como um representante em nome de uma ou mais pessoas²⁹⁶. Apesar da regra federal, as *Class Proceedings Act* das províncias de

²⁹⁴ O art. 3.º traz a legitimidade activa das associações e fundações
Constituem requisitos da legitimidade activa das associações e fundações:

- a) A personalidade jurídica;
- b) O incluírem expressamente nas suas atribuições ou nos seus objectivos estatutários a defesa dos interesses em causa no tipo de acção de que se trate;
- c) Não exercerem qualquer tipo de actividade profissional concorrente com empresas ou profissionais liberais.

Disponível em: http://www.dgpj.mj.pt/DGPI/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/pdf-cpc-2/1-83-1995/downloadFile/file/L_83_1995.pdf?nocache=1181555060.67

²⁹⁵ A Lei 83/95 de Portugal define no art. 16 a legitimidade do Ministério Público:

1 - O Ministério Público fiscaliza a legalidade e representa o Estado quando este for parte na causa, os ausentes, os menores e demais incapazes, neste último caso quer sejam autores ou réus.

2 - O Ministério Público poderá ainda representar outras pessoas colectivas públicas quando tal for autorizado por lei.

3 - No âmbito da fiscalização da legalidade, o Ministério Público poderá, querendo, substituir-se ao autor em caso de desistência da lide, bem como de transacção ou de comportamentos lesivos dos interesses em causa.

Disponível em: http://www.dgpj.mj.pt/DGPI/sections/leis-da-justica/livro-iii-leis-civis-e/pdf-cpc-2/1-83-1995/downloadFile/file/L_83_1995.pdf?nocache=1181555060.67

²⁹⁶ A Regra 114 das *Federal Court Rules* dispõe em 114. (1) que apesar da regra 302, um processo, que não seja um processo referido no artigo 27 ou 28 da Lei, pode ser interposto por ou contra uma pessoa que atua como um representante em nome de uma ou mais pessoas na condição de

- (a) as questões afirmadas por ou contra o representante e as pessoas representadas
 - (i) são questões comuns de fato e de direito e não há problemas que afetam somente algumas dessas pessoas, ou
 - (ii) dizem respeito a um interesse coletivo compartilhado pelas pessoas;
- (b) o representante está autorizado a agir em nome das pessoas representadas;
- (c) o representante pode representar de forma justa e adequadamente os interesses das pessoas representadas, e

British Columbia e de Ontário estabelecem que para a identificação de uma classe deverá haver o número mínimo de duas ou mais pessoas²⁹⁷.

Ambas as regras estabelecem que o representante atue de forma justa, que deverá representar adequadamente os interesses das pessoas representadas e dá poderes ao magistrado para substituir o representante, se essa pessoa não é capaz de fazê-lo²⁹⁸.

Desta forma a lei canadense autoriza o magistrado a fazer o exame da idoneidade e capacidade da parte para confirmar se a representatividade é adequada, em não o sendo, é autorizado a substituí-lo.

Assim como a lei canadense, a lei australiana estipula um número mínimo de membros para configurar uma classe, sendo sete ou mais²⁹⁹. Todos deverão ter

(d) o uso de um processo representativo deve ser de maneira justa, mais eficiente e menos dispendioso do processo.

²⁹⁷ A Class Proceedings Act British Columbia dispõe sobre a Class certification:

4 (1) The court must certify a proceeding as a class proceeding on an application under section 2 or 3 if all of the following requirements are met:

(b) there is an identifiable class of 2 or more persons;

Lei de Procedimentos de Classe - British Columbia

Disponível em: http://www.bclaws.ca/EPLibraries/bclaws_new/document/ID/freeside/00_96050_01

A Class Proceedings Act Ontário também define a Certification:

5. (1) The court shall certify a class proceeding on a motion under section 2, 3 or 4 if,

(b) there is an identifiable class of two or more persons that would be represented by the representative plaintiff or defendant;

Disponível em: http://www.e-laws.gov.on.ca/html/statutes/english/elaws_statutes_92c06_e.htm

²⁹⁸ A Federal Court Rules dispõe:

(2) At any time, the Court may

(d) provide for the replacement of the representative if that person is unable to represent the interests of the represented persons fairly and adequately.

Class Proceedings Act - British Columbia

4 (1) The court must certify a proceeding as a class proceeding on an application under section 2 or 3 if all of the following requirements are met:

(e) there is a representative plaintiff who

(i) would fairly and adequately represent the interests of the class,

Disponível em: http://www.bclaws.ca/EPLibraries/bclaws_new/document/ID/freeside/00_96050_01

²⁹⁹ A Federal Court of Australia Act 1976 - SECT 33C determina

Commencement of proceeding

(1) Subject to this Part, where:

(a) 7 or more persons have claims against the same person; and

(b) the claims of all those persons are in respect of, or arise out of, the same, similar or related circumstances; and

(c) the claims of all those persons give rise to a substantial common issue of law or fact;

a proceeding may be commenced by one or more of those persons as representing some or all of them.

reclamação contra a mesma pessoa relacionada a circunstâncias similares, relacionadas ou de origem de fato ou de direito comum.

A demanda coletiva poderá ser proposta por uma pessoa ou mais como representante de alguns ou de todos eles. Por conseguinte, aquele que tiver interesse poderá optar por sair do processo por meio de comunicação escrita no prazo fixado pelo Tribunal³⁰⁰. É exigido o transcurso deste prazo para exercer o direito a *opt-out* para que o audiência possa iniciar. Ao Tribunal é ainda autorizado estabelecer sub-grupos quando algumas afirmações disserem respeito a apenas parte dos membros do grupo³⁰¹.

Seguindo a tradição dos demais países, a Austrália tem em foco a economia processual e, esta não sendo configurada e a demanda constituir um entrave ao acesso à justiça, a ação civil pública poderá ser interrompida e o processo continuará apenas com o representante em nome próprio contra o réu³⁰².

O controle da adequabilidade da representação é condicionado ao requerimento dos membros do grupo ou sub-grupo, assim, só é realizado pelo magistrado australiano a pedido dos membros do grupo ou sub-grupo que poderão

Disponível em: http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/fcoaa1976249/

³⁰⁰ Federal Court of Australia Act 1976 - SECT 33J

Right of group member to opt-out

(3) The Court, on the application of a group member, the representative party or the respondent in the proceeding, may fix another date so as to extend the period during which a group member may opt-out of the representative proceeding.

(4) Except with the leave of the Court, the hearing of a representative proceeding must not commence earlier than the date before which a group member may opt-out of the proceeding.

Disponível em: http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/fcoaa1976249/

³⁰¹ Federal Court of Australia Act 1976 - SECT 33Q

Determination of issues where not all issues are common

(2) In the case of issues common to the claims of some only of the group members, the directions given by the Court may include directions establishing a sub-group consisting of those group members and appointing a person to be the sub-group representative party on behalf of the sub-group members.

Disponível em: http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/fcoaa1976249/

³⁰² Federal Court of Australia Act 1976 - SECT 33P

Consequences of order that proceeding not continue under this Part

Where the Court makes an order under section 33L, 33M or 33N that a proceeding no longer continue under this Part:

(a) the proceeding may be continued as a proceeding by the representative party on his or her own behalf against the respondent; and

(b) on the application of a person who was a group member for the purposes of the proceeding, the Court may order that the person be joined as an applicant in the proceeding.

Disponível em: http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/fcoaa1976249/

pleitear a substituição do representante³⁰³. Não andou bem o legislador australiano, já que isso pode prejudicar o desenvolvimento do processo e até mesmo lesão a direitos alheios.

Na Espanha, a *Ley General de la defensa de los Consumidores y Usuarios* nº 20/84 dispõe que os direitos por ela conferidos poderão ser pleiteados por meio das *asociaciones, agrupaciones o confederaciones* legalmente constituídas³⁰⁴ nos termos da *Ley de Asociaciones*³⁰⁵ e devidamente registradas conforme prescrito no art. 20³⁰⁶. Da mesma forma são legitimados o grupo de consumidores ou usuários, ainda que desprovidos de personalidade jurídica, formado pela maioria daqueles afetados por um evento danoso de acordo com a *Ley de Enjuiciamiento Civil*³⁰⁷.

³⁰³ A Federal Court of Australia Act 1976 na SECT 33T define a Adequacy of representation

(1) If, on an application by a group member, it appears to the Court that a representative party is not able adequately to represent the interests of the group members, the Court may substitute another group member as representative party and may make such other orders as it thinks fit.

(2) If, on an application by a sub-group member, it appears to the Court that a sub-group representative party is not able adequately to represent the interests of the sub-group members, the Court may substitute another person as sub-group representative party and may make such other orders as it thinks fit.

Disponível em: http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/fcoaa1976249/

³⁰⁴ O artículo 2 determina que e) La audiencia en consulta, la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones generales que les afectan directamente y la representación de sus intereses, todo ello a través de las asociaciones, agrupaciones o confederaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas.

Disponível em: <http://www.usuariostelego.es/OtrosServicios/Normativa/General%20de%20Defensa%20de%20los%20Consumidores%20y%20Usuarios/Ley261984.pdf>

³⁰⁵ O artículo 20 prescribe que 1. Las Asociaciones de consumidores y usuarios se constituirán con arreglo a la Ley de Asociaciones y tendrán como finalidad la defensa de los intereses, incluyendo la información y educación de los consumidores y usuarios, bien sea con carácter general, bien en relación con productos o servicios determinados; podrán ser declarados de utilidad pública, integrarse en agrupaciones y federaciones de idénticos fines, percibir ayudas y subvenciones, representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios, y disfrutarán del beneficio de justicia gratuita en los casos a que se refiere el artículo 2.2. Su organización y funcionamiento serán democráticos.

Disponível em: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1984-16737>

³⁰⁶ Artículo 20 3. Para poder gozar de cualquier beneficio que les otorgue la presente Ley y disposiciones reglamentarias y concordantes deberán figurar inscritas en un libro registro, que se llevará en el Ministerio de Sanidad y Consumo, y reunir las condiciones y requisitos que reglamentariamente se establezcan para cada tipo de beneficio.

Disponível em: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1984-16737>

³⁰⁷ Artículo 6 - 7.º Los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados.

Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/Ley_1-2000_Enjuiciamiento_Civil_27_enero_2000_Espana.pdf

Aqui a legitimidade não é sempre concorrente, já que a *Ley de Enjuiciamiento Civil* adota critérios distintivos para a eleição do legitimado de acordo com o interesse em juízo. Por conseguinte, para a defesa dos interesses difusos serão partes legítimas exclusivas as associações, já no caso de interesses coletivos será das associações, das entidades legalmente constituídas, bem como dos próprios grupos afetados.³⁰⁸

Nossa vizinha Argentina legitima as associações de consumidores e usuários quando ameaçados seus direitos a proporem ação para a defesa desses direitos. Para tanto elas deverão requerer autorização, não poderão participar de atividades políticas partidárias, devm ser independente de todas as formas de profissional, comercial e produtiva, não podem receber doações, contribuições de fornecedores comerciais, industriais ou de serviços, privadas ou estatais, nacionais ou estrangeiras e não podem conter anúncios, constantes do art. 57 da Ley nº 24.240/1993 - *Normas de Protección y Defensa de los Consumidores*.

Vimos que nos ordenamentos alienígenas a legitimidade é disciplinada com algum grau de diferença, mas em vários é permitida a apreciação da representação adequada pelo juiz. Muitos deles ao disporem sobre a legitimidade ativa também o fazem quanto à passiva.

Entretanto, o ordenamento brasileiro se limitou a descrever a legitimidade ativa e silenciou quanto à legitimidade passiva para a ação civil pública. Na verdade, não há sentido em restringir a legitimação passiva, pois não se deve restringir a proteção

³⁰⁸ o artículo 11 traz a Legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios.

1. Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios.

2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados.

3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas.

4. Asimismo, el Ministerio Fiscal y las entidades habilitadas a las que se refiere el artículo 6.1.8.º estarán legitimadas para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.

Disponível em: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/lec/art/a011.htm>

contra ofensa aos interesses difusos e coletivos, que pode ser cometida tanto por pessoas do Poder Público quanto por particulares.

Assim, parte da doutrina entende ser possível a ação civil pública passiva³⁰⁹, ou seja, a classe figurar como ré na ação com fundamento na possibilidade de a ação civil pública ser intentada por ou em face de uma coletividade trazida pela expressão “qualquer das partes” no art. 5º, §2º da LACP. A representatividade adequada, neste caso, parece ainda necessária.

Não é difícil vislumbrar exemplos da possibilidade dessa atuação passiva, como uma ação declaratória da validade de condição geral de contrato de adesão, impugnada por membros de uma classe, para ter eficácia a toda a categoria; ou uma associação de moradores de bairro que pleiteie o bloqueio do acesso de automóveis a determinadas ruas³¹⁰.

Em posição contrária, é importante deixar registrada a posição de Arruda Alvim que defende a noção de que no ordenamento brasileiro são possíveis ações coletivas apenas no polo ativo³¹¹.

O direito norte-americano, não ficou silente e foi específico na *Rule 23*. Normatizou a possibilidade de um ou mais membros do grupo serem demandados como representantes do grupo. São as denominadas *defendant class actions*.

Via de regra, o lado passivo corresponde a um grupo de pessoas jurídicas que praticaram o mesmo ilícito civil. Apesar da coletividade, deverão ser apresentadas defesas individuais para a condenação ao pagamento de indenizações.

A *defendant class action* não é comumente utilizada talvez pelo fato da *Rule 23* não trazer qualquer disposição sobre o procedimento e sobre o assunto ainda

³⁰⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. In: *Revista Forense*, volume 361: Editora Forense, Rio de Janeiro, 2002, p. 7.

³¹⁰ WATANABE, Kazuo em palestras proferidas nas IV Jornadas de Direito Processual (ocorrida em agosto de 2001), *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008, p.471.

³¹¹ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Código do Consumidor Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª. ed., 1995, p. 345-346.

repousar divergência doutrinária e jurisprudencial sobre quais deveriam ser seus requisitos, se seriam iguais ou não aos da ação civil pública comum.³¹²

O assunto ainda não é muito abordado e requer maior tempo para que a doutrina e a jurisprudência empreendam esforços para que todos os direitos sejam observados e que a demanda possa correr sem trazer prejuízos insuperáveis à coletividade.

3.4 Coisa julgada

Adotaremos para o presente estudo a ideia de que consiste no efeito conferido à sentença judicial contra a qual não cabem mais recursos, tornando-a imutável e definitiva de modo a consagrar os princípios constitucionais da segurança e da certeza jurídicas e do próprio estado democrático de direito. A coisa julgada pode ser formal ou material. É formal quando impossibilita a modificação da sentença no mesmo processo diante da preclusão dos recursos; e material quando impossibilita a modificação da sentença no mesmo ou em qualquer outro processo, visto que a mesma causa não poderá ser objeto de novo exame em juízo³¹³.

A coisa julgada é prevista em diversos ordenamentos jurídicos ocidentais, pois a mesma tem suas origens na *res judicata* do direito romano que desde esses tempos remotos era utilizada como forma de tranquilizar a sociedade com o evidente final do processo³¹⁴.

No âmbito coletivo o instituto encontrou o entrave de estender os efeitos da sentença àqueles que não participaram do processo coletivo e, portanto, não exerceram seu direito constitucional ao devido processo consagrado nos termos do

³¹² SIMÕES, Bruna. A class action americana. Influência exercida no ordenamento brasileiro. Comparação entre os dois sistemas. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 87, abr 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9405>. Acesso em set 2012.

³¹³ CINTRA, Antonio Carlos de Araujo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Candido Rangel. *op.cit.*, p. 306-307.

³¹⁴ CRETELLA JUNIOR, Jose. *op.cit.*, p. 428-429.

art. 5º, inciso LIV, da CF. Ademais, poder-se-ia pensar no confronto com o preceito do art. 472 do CPC que estabelece os limites da coisa julgada às partes do processo, não beneficiando, nem prejudicando terceiros, exceto em razão dos efeitos naturais da sentença.

Por isso, foi necessária uma disciplina específica para ações coletivas trazida no art. 103 do CDC e art. 16 da LACP. Assim, coisa julgada em ação civil pública para a tutela de direitos difusos terá efeitos *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas.

Se os direitos forem coletivos a eficácia da coisa julgada será *ultra partes* e atingirá um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica de base.

Já a coisa julgada em ação para a defesa de direitos individuais homogêneos será *erga omnes*, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores. Será, também, *secundum eventum litis*³¹⁵, de forma que provimento favorável abraçará a todos os membros da categoria e o contrário não os alcançará, possibilitando-os a propositura de ações individuais. Com esse recurso o ordenamento protege os membros da classe de uma eventual inadequação da representação³¹⁶.

Scarpinella Bueno indica que este plus em prol do indivíduo, uma vez que o indivíduo mantém o direito de pleitear a tutela de seu interesse de forma individual caso não tenha participado da ação civil pública, se dá de forma paliativa à presunção absoluta da representação adequada de que gozam os entes legitimados³¹⁷. Arruda Alvim complementa ao assinalar que este procedimento leva as vítimas ao desestímulo e não participação no processo coletivo³¹⁸.

Ao contrário do que ocorre no direito pátrio, o regime das *class actions* americanas não autoriza a formação da coisa julgada *secundum eventum litis*, pois

³¹⁵ Este tratamento diferenciado já era previsto no art. 18 da Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965).

³¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. In: *Revista Forense*, volume 361: Editora Forense, Rio de Janeiro, 2002, p. 8.

³¹⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*, vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 137-138.

³¹⁸ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Op. cit.*, p. 469-470.

qualquer interessado – que não tenha exercido seu *right to opt-out*³¹⁹ – deverá se sujeitar à coisa julgada, benéfica ou não, mesmo que não tenha sido parte da ação civil pública. Daí a grande importância da adequada representação analisada neste sistema, já que o autor precisa ser apto a defender direitos alheios e exerça o devido processo legal em relação aos membros ausentes³²⁰.

De fato, qualquer interessado poderá exercer seu direito a *opt-out*, ou seja, expressamente requerer sua exclusão do processo e o julgamento, e qualquer sentença, favorável ou não, não o atingirá. Este direito somente poderá ser exercido na hipótese de ações indenizatórias, previstas na terceira hipótese da FRCP, a *class action for damages (Rule 23 (b)(3))*. Nas demais hipóteses, *Incompatible standards class action (Rule 23 (b)(1)(A))*, *Limited fund class action (Rule 23(b)(1)(B))* e *Injunctive relief class (Rule 23(b)(2))* este direito é vedado, pois nestas ações o que se busca é justamente uma solução uniforme que atinja todos os membros da classe.

A jurisprudência norte-americana já se posicionou no sentido de que aquele que exerceu seu direito a *opt-out* não poderá posteriormente tirar proveito da decisão favorável da *class action*, pois neste caso todos os membros da classe se excluíam da *class action* para evitar efeitos nocivos de uma possível decisão desfavorável e apenas se beneficiando³²¹.

Neste sentido Scarpinella Bueno traz a reflexão do sistema da coisa julgada das ações coletivas no direito brasileiro em permitir ao indivíduo pleitear o interesse sob o manto da coisa julgada oriunda de decisão de improcedência válida. Defende o

³¹⁹ Rule 23: (2) In any class action maintained under subsection (b) (3), the court shall direct to the members of the class the best notice practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice shall advise each member that: (A) The court will exclude him from the class if he so requests by a specified date; (B) the judgment, whether favorable or not, will include all members who do not request exclusion; and (C) any member who does not request exclusion may, if he desires, enter an appearance through his counsel.

Regra 23: (2) Em qualquer ação de classe mantida sob a subseção (b) (3), o tribunal deverá encaminhar "aos membros da classe a melhor notificação do possível em tais circunstâncias, incluindo a notificação individual a todos os membros que possam ser identificados através de esforço razoável. A notificação deverá informar cada membro que: (A) o tribunal irá excluí-lo da classe se ele assim o solicitar por uma data específica; (B) o julgamento, favorável ou não, incluirá todos os membros que não solicitarem exclusão, e (C) qualquer membro que não solicitar a exclusão pode, se desejar, participar através de seu advogado.

³²⁰ GIDI, Antônio. *A Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 99.

³²¹ Cfe Friedenthal, Kane e Miller, *Civil Procedure*, p. 757 citado por GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispêndência em Ações Coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 243.

autor que, apesar das diferenças entre os ordenamentos e a sociedade, a solução dada pelo sistema norte-americano parece ser a mais adequada e justa.

Questiona, ainda, a impossibilidade de harmonizar a posição do legislador brasileiro diante da ampliação ao acesso coletivo à justiça já que o indivíduo poderá pleitear individualmente um interesse julgado improcedente em ação civil pública, meio necessário e hábil a levar à afirmação do direito perante o Estado-juiz³²².

No mesmo sentido do ordenamento norte-americano o direito português estabeleceu o direito a *op-out* no art. 15 da Lei nº 83/95³²³ e o direito australiano no art. 33J(2) da *Federal Court Of Australia Act 1976*³²⁴. Nesta feita, todos aqueles que não exercerem seu direito de auto-exclusão do processo serão atingidos pelos efeitos da coisa julgada coletiva³²⁵. A eficácia da sentença proferida no diploma português é *erga omnes* salvo quando o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, quando o magistrado decidir por forma diversa fundado em motivações próprias do caso concreto, ou em relação àqueles que tiverem exercido o direito de se auto-excluir da representação.

Outro não é o propósito da Regra 114 das *Federal Court Rules* canadense que também estende os efeitos da sentença para as pessoas representadas, salvo decisão em contrária do Tribunal³²⁶. Daí a grande importância do procedimento de

³²² BUENO, Cassio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*, vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 138-139.

³²³ O art. 15 define o direito de exclusão por parte de titulares dos interesses em causa
1 - Recebida petição de acção popular, serão citados os titulares dos interesses em causa na acção de que se trate, e não intervenientes nela, para o efeito de, no prazo fixado pelo juiz, passarem a intervir no processo a título principal, querendo, aceitando-o na fase em que se encontrar, e para declararem nos autos se aceitam ou não ser representados pelo autor ou se, pelo contrário, se excluem dessa representação, nomeadamente para o efeito de lhes não serem aplicáveis as decisões proferidas, sob pena de a sua passividade valer como aceitação, sem prejuízo do disposto no nº 4.

³²⁴ A Federal Court of Australia Act 1976 na SECT 33J disciplina Right of group member to opt out

(2) A group member may opt out of the representative proceeding by written notice given under the Rules of Court before the date so fixed.

Disponível em: http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/fcoaa1976249/

³²⁵ A Federal Court of Australia Act 1976 na SECT 33ZB traz o effect of judgment

A judgment given in a representative proceeding:

(a) must describe or otherwise identify the group members who will be affected by it; and
(b) binds all such persons other than any person who has opted out of the proceeding under section 33J.

Disponível em: http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/fcoaa1976249/

³²⁶ A Federal Court Rules no ponto 114 (3) disciplina an order in a representative proceeding is binding on the represented persons unless otherwise ordered by the Court.

certificação de que um processo é coletivo, pois delimitará os membros do grupo que terão suas pretensões analisadas e atingidas pela coisa julgada³²⁷.

Vê-se que nos países em que os efeitos da sentença se estendem a todos aqueles que não participaram do processo e não exerceram seu direito ao *opt-out* dá primazia a adequada representação por serem institutos que estão intimamente ligados e permitem que a averiguação de um faça com o que os efeitos do outro atinjam a todo o grupo.

É possível que no ordenamento brasileiro, por não haver grande abertura ao magistrado averiguar a adequabilidade da representação tenha optado em permitir a formação da coisa julgada *secundum eventum litis*.

3.5 Publicidade

A ampla divulgação da propositura da ação para dar conhecimento aos interessados tem por objetivo permitir a intervenção destes no processo ou, como em alguns ordenamentos, possibilitar o exercício do direito de exclusão do processo para que não sejam atingidos pelos efeitos da futura coisa julgada.

No direito pátrio, o Código de Defesa do Consumidor se preocupou com a publicidade aos demais interessados em seu art. 94 e dispôs que proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.

Disponível em: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/regulations/SOR-98-106/page-23.html>

³²⁷A Class Proceedings Act – British Columbia dispõe sobre contents of order on common issues

25 An order made in respect of a judgment on common issues of a class or subclass must

- (a) set out the common issues,
- (b) name or describe the class or subclass members to the extent possible,
- (c) state the nature of the claims asserted on behalf of the class or subclass, and
- (d) specify the relief granted.

Disponível em: http://www.bclaws.ca/EPLibraries/bclaws_new/document/ID/freeside/00_96050_01

No edital a ser publicado deverá constar um resumo do processo com a indicação do autor, o motivo e a finalidade do processo com o objetivo de comunicar claramente a existência da ação aos possíveis interessados.

Por conseguinte, não há nas ações coletivas a cientificação pessoal de cada um dos possíveis autores por serem, em alguns casos, não determináveis na ocasião da propositura da ação. Por isso, deverá ser realizada a divulgação por edital, aplicadas, no que couberem, as disposições do art. 232 do CPC.

A mera publicação de edital não será apta o suficiente para a efetivação do objetivo constitucional da ciência adequada das ações coletivas, por isso, o CDC dispõe que ao lado da publicação em órgão oficial deverá ser realizada, ainda, uma ampla divulgação do ajuizamento do processo. Neste caso, caberá a avaliação quanto à publicação em jornal local, que poderá ser dispendiosa e pouco acrescentar; a divulgação em rádio, televisão e/ou internet.

Os interessados, que não são legitimados a propor uma ação civil pública já que estes estão elencados nos arts. 5.º da LACP e 82 do CDC, pode parecer contrassenso, mas poderão agora se apresentar e intervir no processo como litisconsortes do autor coletivo (art. 94 do CDC) sob a aplicação subsidiariamente das regras do CPC (arts. 46 e seguintes).

Para Ovídio A. Batista da Silva, teríamos a figura híbrida da assistência litisconsorcial e que esta não se transforma em parte, pois não é o titular da relação jurídica em andamento entre o autor principal e o réu. Conserva sua posição de terceiro auxiliar da parte, mas com uma relação jurídica existente entre o assistente e a parte contrária à assistida apta a refletir os efeitos da sentença. Com a intenção de impedir a extensão do efeito da coisa julgada contra o terceiro como uma das condições para a legitimação desse tipo de assistência e não apenas sua eficácia preclusiva (art. 55 do CPC) o legislador brasileiro optou por sua equiparação, do ponto de vista processual, a um litisconsorte³²⁸.

Não obstante, outra parte da doutrina brasileira defende que a participação posterior do litisconsorte só pode se dar na figura de assistência litisconsorcial. E, em verdade, essa assistência litisconsorcial é um litisconsorte do assistido, pois o vínculo

³²⁸ SILVA. Ovídio Araújo Baptista da. Assistência litisconsorcial. Revista de Processo, v. 8, n. 30, p. 9-37, abr./jun. 1983, p. 9-11.

jurídico entre as partes do processo (o assistido e o réu) igualmente lhe diz respeito e a sentença o atinge como se tivesse sido proferida perante ele mesmo³²⁹.

Para Hugo Mazzilli, há dois momentos, haverá litisconsórcio ulterior se a adesão do colegitimado produzir um aditamento à inicial, caso contrário, estará configurada a assistência litisconsorcial³³⁰. Diante do tema conturbado, ainda há autores que não se posicionaram³³¹ apesar dos termos da lei serem claros e determinarem que o ingresso do colegitimado seja feito na forma de litisconsórcio ulterior.

Há autores, porém, que acreditam não ser possível a intervenção e nem mesmo a assistência, pois contraria a própria razão de ser da ação civil pública brasileira. Se aceitas, podem desencadear, por exemplo, processos inviáveis com o comparecimento de grande número de interessados e impedir o exercício das garantias constitucionais da ampla defesa e do devido processo legal ou outras questões de cunho dogmático³³². Entretanto, cabe observar que precisamente para impedir o excesso de interessados no mesmo polo há o instituto da limitação de litisconsortes (art. 46, parágrafo único, do CPC).

Nesta senda, a disposição do art. 94 do CDC é endereçada aos demais legitimados coletivos que possuem legitimidade *ad causam* para propor a ação civil pública e não aos interessados individualmente. É possível que o espírito da norma seja o de evitar a ocorrência de litispendência e permitir a participação no processo já daqueles que serão alcançados pelos efeitos da coisa julgada, bem como divulgar aos interessados na improcedência do pleito para que apresentem defesa como intervenientes no polo passivo que serão alcançados de igual forma. Por outro lado, os

³²⁹ FUX, Luiz. Intervenção de terceiros: aspectos do instituto. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 13; CARNEIRO, Athos Gusmão. Intervenção de terceiros. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 119; NERY JR, Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 337.

³³⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. *op. cit.*, p. 236. MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública*. 5ª ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 146-148. Ainda nesse sentido, v. a posição VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação civil pública*. São Paulo: Atlas, 1997. p. 76.

³³¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Op. cit.*, p. 14. ARRUDA ALVIM. Manual de direito processual civil. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 81

³³² GIDI, Antonio. Coisa Julgada e Litispendência em Ações Coletivas. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 54.

efeitos da coisa julgada não alcançarão o interessado individual em caso de improcedência, portanto, não revelando necessidade do litisconsórcio³³³.

Assim, os interessados que intervirem ou não no processo como litisconsortes, serão beneficiados pelos efeitos da decisão procedente. Entretanto, se a sentença for julgada improcedente, apenas aqueles que não tiverem intervindo no processo poderão ingressar com ações individuais de responsabilidade civil, do contrário não poderão renovar a ação a título individual (art. 103, III; c/c seu § 2.º do CDC).

Para dar publicidade aos interessados da sentença condenatória referente a direitos individuais homogêneos, previa o vetado art. 96 do CDC, a publicação de um edital. Apesar do veto, a divulgação da sentença é absolutamente necessária³³⁴ e a lacuna na lei não pode inviabilizá-la, pois assim o legitimado conhecerá da condenação genérica e decidirá a despeito da promoção de sua liquidação.

Assim, em razão do veto ter sido por erro na referência do dispositivo ao art. 93, quando o correto seria o 94, e ser este importante termo para o início do prazo de 1 (um) ano preconizado no art. 100, a doutrina entende ser a publicação de edital necessária.

Na *class action* a jurisprudência norte-americana considera que para resguardar o devido processo a cientificação deverá ser a melhor possível, ou seja, se praticável deverão ser notificados todos os componentes da classe, sujeitos dos direitos que estão em discussão³³⁵. Nesse propósito, a FRCP estabelece a notificação (*notice*) dos membros da classe na Regra 23 (c) 2 a critério do magistrado que deverá, com prudência, examinar a possibilidade e razoabilidade da notificação pessoal de todos os membros da classe em cada situação específica. O judiciário americano já se pronunciou nos dois sentidos: em 1974 no caso *Eisen v. Carlisle & Jacquelin* exigiu que fosse realizado um esforço razoável para se proceder à notificação pessoal de dois milhões e duzentos e cinquenta mil pessoas que poderiam ser encontradas, pois os nomes e endereços eram facilmente determináveis³³⁶; em 1967 no caso *Booth v.*

³³³ SOUZA, Gleson Amaro de. Direitos Difusos e Coletivos - Sentença - Limites Subjetivo e Objetivo da Coisa Julgada. Revista - Instituto de Pesquisas e Estudos (RIPE), v. 36, p. 231:267. Bauru: ITE, dez/2002 a abril 2003.

³³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *op. cit.*, p. 905.

³³⁵ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Class action e mandado de segurança coletivo: diversificações conceituais*. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 24.

³³⁶ U.S. Supreme Court *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156 (1974). *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*. No. 73-203. Argued February 25, 1974. Decided May 28, 1974. 417 U.S. 156. Disponível em: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/417/156/>

General Dynamics Corp. não entendeu ser esse esforço razoável e a mera notificação por edital seria capaz de atender o requisitos do devido processo³³⁷.

Não obstante a regra sub 23(b)(3) dizer respeito apenas às notificações nas *damage class action*, a jurisprudência se posiciona quanto a sua necessidade em todas as manifestações judiciais, por conseguinte, estendendo a obrigatoriedade também para as ações referidas em (b)(1) e (b)(2).

Assim, para a configuração da coisa julgada nas *class actions* será necessária uma *fair notice* do processo a todos os membros da classe litigante, bem como a representatividade adequada já examinada, pois, ao revés, não se observará o *due process of law*³³⁸, ainda que de forma mitigada, restando o alcance da sentença limitado apenas àqueles que puderam exercer o contraditório³³⁹. O princípio do devido processo legal deverá ser analisado com cuidado e adaptado levando em conta as necessidades da sociedade contemporânea. É preciso abandonar o simples individualismo e preservar o direito não necessariamente para todos os membros individuais da classe, mas para o grupo³⁴⁰.

Deverá constar na notificação para que a mesma transmita uma adequada publicidade em uma ação civil pública: (i) a indicação de data para o exercício do direito de auto-exclusão (*right to opt-out*); (ii) que o julgamento, benéfico ou não, afetará àquele que não requerer sua exclusão; (iii) que é possível sua atuação direta no processo, desde que representado por advogado. A despesa com as notificações será suportada pelo autor da ação e, somente com o resultado favorável da demanda, poderá ser reembolsado por toda a classe, no limite do benefício obtido. Este ponto pode gerar um entrave, pois aquele que tem interesse em resguardar o direito pode não ter meios para suportar toda a despesa com a notificação.

A Regra 23 (b) 3 das FRCP outorga ao indivíduo, nas ações de classe indenizatórias, o direito de *opt-out* visualizado quando estudada a coisa julgada, ou seja, o indivíduo pode requer expressamente sua exclusão da classe litigante de modo

³³⁷ States District Court N. D. Illinois, E. D. Harry R. Booth v. General Dynamics Corporation. No. 66 C 673. January 25, 1967. 264 F.Supp. 465 (1967). Disponível em http://www.leagle.com/xmlResult.aspx?xmlDoc=1967729264FSupp465_1644.xml&docbase=C SLWAR1-1950-191985.

³³⁸ Consagrado nas 5^a (1791) e 14^a (1868) emendas à Constituição Americana.

³³⁹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Class action e mandado de segurança coletivo: diversificações conceituais*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 27.

³⁴⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Vindicating the public interest through the courts in The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford: Clarendon Press, 1989, p. 304.

a possibilitá-lo propor ação individual³⁴¹. O membro do grupo que assim proceder não se submeterá aos efeitos da sentença - favoráveis ou desfavoráveis – ou de sua imutabilidade. Por conseguinte, os efeitos da decisão alcançarão os membros da classe e aqueles que, notificados da propositura da ação, não requereram sua exclusão. Por isso, a ação individual movida por membro ausente que fora outrora considerado integrante de uma classe litigante terá analisada, preliminarmente, a ocorrência de coisa julgada.

O ordenamento brasileiro, da mesma forma, permite que nas ações civis públicas destinadas à tutela dos direitos individuais homogêneos o indivíduo pleiteie seu direito individualmente, pois o seu processo não induz litispendência com a ação civil pública (art. 104 do CDC).

Inspirados na *best notice practicable* norte-americana o direito luso estabelece para a configuração da coisa julgada a comunicação prévia aos interessados sob a denominação de citação nos termos do art. 15, n. 2 da Lei nº 83/95. Entretanto, permite a lei que essa citação se dê via anúncios em qualquer meio de comunicação³⁴².

No Canadá, seguindo sua tradição liberalista e também inspirados no ordenamento norte-americano, a Regra 114 das *Federal Court Rules* deixa ao magistrado a decisão a respeito do aviso a ser dado após a certificação do processo como coletivo, incluindo nesta decisão a forma e maneira que deverá ser veiculada a comunicação, para que as pessoas representadas possam exercer seus direitos³⁴³.

Ao magistrado canadense é dado o poder de até mesmo dispensá-lo levando em consideração diversos fatores, entre eles, o custo para a realização das

³⁴¹ TUCCI, José Rogério Cruz e. *Class action e mandado de segurança coletivo: diversificações conceptuais*. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 27.

³⁴² O art. 15.2 prevê o a citação será feita por anúncio ou anúncios tornados públicos através de qualquer meio de comunicação social ou editalmente, consoante estejam em causa interesses gerais ou geograficamente localizados, sem obrigatoriedade de identificação pessoal dos destinatários, que poderão ser referenciados enquanto titulares dos mencionados interesses, e por referência à ação de que se trate, à identificação de pelo menos o primeiro autor, quando seja um entre vários, do réu ou réus e por menção bastante do pedido e da causa de pedir. Disponível em: <http://www.dre.pt/cgi/dr1s.exe?t=dr&cap=1-1200&doc=19953020%20&v02=&v01=2&v03=1900-01-01&v04=3000-12->

³⁴³ A Regra 114 das *Federal Court Rules*

(2) At any time, the Court may

(b) require that notice be given, in a form and manner directed by it, to the represented persons;

Disponível em: http://www.e-laws.gov.on.ca/html/reg/english/elaws_reg_980258_e.htm

intimações, o número de membros da classe ou qualquer outro assunto relevante³⁴⁴. A lei da província ainda indica algumas formas de se proceder a comunicação³⁴⁵, deixa ao magistrado a decisão sobre quem deverá realizá-la e quem suportará seus custos³⁴⁶.

O Estatuto Processual espanhol determina que deverá haver comunicação nos processos coletivos àqueles que foram prejudicados, no território em que a lesão se manifestou, para a defesa de seus interesses³⁴⁷. No caso das partes serem

³⁴⁴ O Class Proceedings Act – British Columbia define a Notice of certification

19 (1) Notice that a proceeding has been certified as a class proceeding must be given by the representative plaintiff to the class members in accordance with this section.

(2) The court may dispense with notice if, having regard to the factors set out in subsection (3), the court considers it appropriate to do so.

(3) The court must make an order setting out when and by what means notice is to be given under this section and in doing so must have regard to the following:

(a) the cost of giving notice;

(b) the nature of the relief sought;

(c) the size of the individual claims of the class members;

(d) the number of class members;

(e) the presence of subclasses;

(f) whether some or all of the class members may opt-out of the class proceeding;

(g) the places of residence of class members;

(h) any other relevant matter.

Disponível em: http://www.bclaws.ca/EPLibraries/bclaws_new/document/ID/freeside/00_96050_01

³⁴⁵ O ponto 19 da referida lei determina que (4) The court may order that notice be given by

(a) personal delivery,

(b) mail,

(c) posting, advertising, publishing or leafleting,

(d) individually notifying a sample group within the class, or

(e) any other means or combination of means that the court considers appropriate.

Disponível em: http://www.e-laws.gov.on.ca/html/regs/english/elaws_regs_980258_e.htm

³⁴⁶ Giving of notice by another party

23 The court may order a party to give the notice required to be given by another party under this Act.

Costs of notice

24 (1) The court may make any order it considers appropriate as to the costs of any notice under this Division, including an order apportioning costs among parties.

Disponível em: http://www.bclaws.ca/EPLibraries/bclaws_new/document/ID/freeside/00_96050_01

³⁴⁷ O artículo 15 define que a publicidad e intervención en procesos para la protección de derechos e intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios.

1. En los procesos promovidos por asociaciones o entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, o por los grupos de afectados, se llamará al proceso a quienes tengan la condición de perjudicados por haber sido consumidores del producto o usuarios del servicio que dio origen al proceso, para que hagan valer su derecho o interés individual. Este llamamiento se hará por el Secretario judicial publicando la admisión de la demanda en medios de comunicación con difusión en el ámbito territorial en el que se haya manifestado la lesión de aquellos derechos o intereses.

determinadas ou determináveis, será condição para a propositura da ação comunicação prévia a todos.

Não andou bem o diploma, eis que essa disposição pode gerar um entrave à propositura de novas demandas. Por outro lado, a norma estipulou uma suspensão pelo prazo máximo de dois meses para que se proceda a publicidade aos interessados indeterminados ou de difícil determinação, o que impede o prejuízo e morosidade ao processo com a tentativa de comunicação sem fim.

Na Austrália, a *notice* deverá ser enviada a todos os membros do grupo para que exercitem seu direito ao *opt-out* no decorrer da data determinada pelo Tribunal. A notificação deverá ser veiculada por meios impresso, rádio e televisão, ou por qualquer outro meio³⁴⁸. Todavia, poderá ser dispensada quando o pleito não for pelo pagamento de indenizações³⁴⁹, bem como a notificação individual quando esta for impraticável ou excessivamente dispendiosa³⁵⁰.

El Ministerio Fiscal será parte en estos procesos cuando el interés social lo justifique. El tribunal que conozca de alguno de estos procesos comunicará su iniciación al Ministerio Fiscal para que valore la posibilidad de su personación.

2. Cuando se trate de un proceso en el que estén determinados o sean fácilmente determinables los perjudicados por el hecho dañoso, el demandante o demandantes deberán haber comunicado previamente su propósito de presentación de la demanda a todos los interesados. En este caso, tras el llamamiento, el consumidor o usuario podrá intervenir en el proceso en cualquier momento, pero sólo podrá realizar los actos procesales que no hubieran precluido.

3. Cuando se trate de un proceso en el que el hecho dañoso perjudique a una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación, el llamamiento suspenderá el curso del proceso por un plazo que no excederá de dos meses y que el Secretario judicial determinará en cada caso atendiendo a las circunstancias o complejidad del hecho y a las dificultades de determinación y localización de los perjudicados. El proceso se reanudará con la intervención de todos aquellos consumidores que hayan acudido al llamamiento, no admitiéndose la personación individual de consumidores o usuarios en un momento posterior, sin perjuicio de que éstos puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los artículos 221 y 519 de esta ley.

4. Quedan exceptuados de lo dispuesto en los apartados anteriores los procesos iniciados mediante el ejercicio de una acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.

³⁴⁸ Federal Court of Australia Act 1976 - SECT 33Y

(4) An order under subsection (3) may require that notice be given by means of press advertisement, radio or television broadcast, or by any other means.

Ato da Corte Federal da Austrália 1976 – 33Y

³⁴⁹ Federal Court of Australia Act 1976 - SECT 33X

Notice to be given of certain matters

(2) The Court may dispense with compliance with any or all of the requirements of subsection

³⁵⁰ Federal Court of Australia Act 1976 - SECT 33Y

(5) The Court may not order that notice be given personally to each group member unless it is satisfied that it is reasonably practicable, and not unduly expensive, to do so.

Ato da Corte Federal da Austrália 1976 – 33Y

Apesar das peculiaridades podemos observar que os ordenamentos ao redor do mundo dão – em graus diferentes – importância à comunicação da propositura das ações coletivas e, por isso, mesmo que minimamente tentam regram sua realização nas leis que regem o instituto.

3.6 Execução: Fundo Federal de Reparação de Direitos Difusos (FDD)

A LACP, em seu art. 13, instituiu um fundo para o qual serão revertidas a quantias fruto da condenação da violação de direitos difusos e coletivos para ser utilizado na reconstituição dos bens lesados. A Lei nº 9.008/95 criou o órgão gestor do FDD, o Conselho Federal Gestor do Fundo de Direitos Difusos – CFDD, organizado pelo Decreto 1.306/94, regimento interno na Portaria MJ 11/96 e a Resolução CFDD 11/03. Este fundo poderá ser criado na esfera federal (FDD), estadual e municipal³⁵¹.

Dentre outros³⁵², nos termos do art. 100 do CDC irá para este fundo a quantia levantada, assim como na *fluid recovery*³⁵³, de raízes nas *class actions* norte-americanas³⁵⁴, pelos legitimados do art. 82, decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, que promoveram a liquidação e execução da indenização devida.

Este instituto norte-americano reflete a destinação do *quantum* levantado em demanda judicial em que há a correta identificação do dano e do responsável, mas não é possível a apresentação dos membros da classe afetada³⁵⁵.

³⁵¹ Federal art. 13 da LACP, estadual art. 13 da LACP e art. 57 do CDC e municipal art. 57 do CDC.

³⁵² O CDC ainda faz menção de receita ao fundo no art. 57 quando dispõe sobre a sanção administrativa de multa, imposta ao fornecedor e a Lei nº 9008/95, em seu art. 2º traz o rol exemplificativo das demais quantias que irão compor o patrimônio do FDD.

³⁵³ As vezes também chamada "cy pres", porque é um meio de distribuição de fundos de classe não reclamados para a sua melhor utilização mais próxima. SELIGMAN, Brad e LARKIN Jocelyn. *Fluid recovery and cy pres: a funding source for legal services*. Disponível em <http://www.impactfund.org/images/photos/file/Class%20Action%20Center%20Resources/Cy%20Pres%20UPDATED.pdf>

³⁵⁴ NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria. *Código de Processo Civil comentado e Legislação extravagante*. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 1344.

³⁵⁵ Não houve a necessidade da aplicação deste instituto na ação civil pública para a tutela, de direitos individuais homogêneos n.º 7.288/93 ajuizada perante a 10ª Vara Cível de Brasília, que

Carlos Alberto de Salles, por outro lado, defende que mesmo com os aspectos compatíveis entre esses fundos, na realidade a semelhança é maior quando comparamos o Fundo brasileiro ao instituto do CERCLA ou *Superfund* também do direito norte-americano³⁵⁶.

Este fundo surgiu em dezembro de 1980 com a promulgação do CERCLA - *Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act*³⁵⁷ tendo como fonte um imposto sobre as indústrias químicas e de petróleo destinado a reparar os danos ao meio ambiente³⁵⁸. Neste caso, se os responsáveis pelos danos não forem previamente identificados, o *superfund* suportará as despesas que deverão ser ressarcidas pelo autor do dano.

Acerca das distinções e comparações entre os institutos, Luiz Dellore aponta que o FDD é gerido por um órgão do executivo, o instituto da *fluid recovery* é gerido pelo juiz, em relação a uma determinada demanda e o *superfund* por uma agência governamental. Fato que gera ao final falta de paridade com ambos institutos norte-americanos, ainda que haja traços semelhantes com os dois já que o instituto brasileiro leva em conta nossa realidade³⁵⁹.

Sugere, por fim, o autor a adoção da técnica de utilização do fundo, comparável à do *superfund*, em caso de emergência e quando o responsável pelo dano não possa suportar imediatamente as despesas advindas.

Independente do instituto ao qual comparamos, o fato é que, tanto o ordenamento brasileiro quanto o americano procuraram obter recursos para a preservação desses direitos violados, desencorajar a reincidência e evitar a impunidade com a promoção de um desfecho aos processos sem liquidação ou mesmo naqueles em que esta se apresenta insuficiente em razão da dificuldade na

após 14 anos alcançou a primeira execução coletiva no país em que o Ministério Público é o autor, cumprindo o papel de protetor dos direitos do consumidor, com base no CDC. Na avaliação do Dr. Guilherme Fernandes Neto, "esse processo é emblemático para o Ministério Público e será parâmetro para diversas ações civis públicas análogas".

³⁵⁶ SALLES, Carlos Alberto de. Execução Judicial em matéria ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 314.

³⁵⁷ Lei de resposta completa, compensação e responsabilidade ambiental.

³⁵⁸ Em 1986 a SARA - Superfund Amendments and Reauthorization Act – Lei de emenda e reautorização do superfund alterou CERCLA de forma a refletir a experiência da EPA – United States Environmental Protection Agency na administração complexa do programa Superfund durante seus primeiros seis anos.

³⁵⁹ DELLORE, Luiz Guilherme Pennachi. Fundo Federal de Reparação de Direitos Difusos (FDD): Aspectos atuais e análise comparativa com institutos norte-americanos. Revista de Direito Ambiental n.º 38, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

identificação dos lesados ou nos casos em que os valores do dano só encontram expressividade na coletividade. Ainda assim, há várias diferenças entre os regramentos.

Na reparação fluida brasileira o prazo para promovê-la é de um ano, ou seja, distinto do prazo de cinco anos para a promoção das liquidações individuais. Desta feita, antes desse prazo não é possível a liquidação coletiva. A sentença condenatória é genérica e determina apenas a responsabilidade, pois o montante indenizatório deverá ser levantado na liquidação individual.

No direito norte-americano na sentença o juiz mensura os danos e define quantia indenizatória. Não há a diferenciação entre prescrição e decadência, por conseguinte, o prazo para a propositura de uma ação em busca de uma pretensão é regulada pelo *statute of limitations*. Cada estado pode definir sua própria regra em seu estatuto de limitações. Por exemplo, os prazos para pleitear responsabilidade nos casos de produto defeituosos podem variar em dois, três, quatro anos ou mais³⁶⁰.

Outro ponto de distinção, consoante Ada Pellegrini Grinover, é o caráter residual das indenizações apuradas pela reparação fluida brasileira, já que a indenização só é destinada ao Fundo na hipótese de inexistência de habilitantes em número compatível com a gravidade do dano.³⁶¹ A liquidação deverá levantar o "prejuízo globalmente causado" e os ressarcimentos oriundos das liquidações individuais deverão ser compensados evitando que réu seja punido duas vezes.

Por outro lado, Elton Venturi defende que a reparação fluida não se resume ao saldo das indenizações individuais não exigidas, pois mesmo que quantidade de interessados habilitados seja compatível com a gravidade do dano não se afasta a avaliação da indenização indivisível designada ao Fundo.³⁶²

Neste caso, poder-se-ia pensar que esta reparação geraria um *bis in idem*, já que o autor do dano teria afinal reparado individualmente cada legitimado e a soma dessa reparação seria compatível com o dano. Todavia, este não é o espírito da lei, pois se assim o fosse, a fixação da reparação fluida se daria de pronto e não precisaria aguardar um ano sem habilitação e interessados em número compatível

³⁶⁰ GIDI, Antonio. GIDI, Antônio. *A class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 411.

³⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 894.

³⁶² VENTURI, Elton. *Execução da tutela coletiva*, Malheiros editores, 2000, p. 155.

com a gravidade do dano. Desta forma, entendemos que o melhor posicionamento é que a reparação fluida não ocorrerá se no prazo houver habilitações de lesados em número compatível com a gravidade do dano, pois o diploma consumerista dá primazia a ressarcimento individual como meio de reparar o dano.

Há quem defenda que ao contrário do instituto no sistema brasileiro as indenizações apuradas pela reparação fluida não são indenizações residuais, eis que não visam reparar a lesão sofrida, mas sim punir aquele que praticou o ato lesivo³⁶³.

Nos termos do art. 100 do CDC a legitimidade para a propositura da liquidação da reparação fluida pertence àqueles elencados no art. 82 do mesmo diploma. Nesta senda, os legitimados a propositura da reparação fluida são os mesmos para a ação condenatória. Consoante Ada Pellegrini Grinover, haverá atuação muito semelhante à legitimação ordinária do legitimado coletivo quando promover liquidação individual³⁶⁴. Neste sentido, para Leandro Katscharowski Aguiar, constituirá legitimação ordinária superveniente visto que o direito é abordado acidentalmente de forma coletiva³⁶⁵.

O juízo competente para ajuizamento da liquidação da reparação fluida é o mesmo juízo da ação condenatória. Sobre o assunto, Leandro Katscharowski Aguiar³⁶⁶ observa que, neste caso, não é adaptável a interpretação do art. 98, § 2º, I, do CDC sobre a competência do juízo do domicílio do liquidante, por dizer respeito apenas à liquidação individual.

O processo de conhecimento apenas declara o dano coletivo sem avaliá-lo monetariamente. Isso se dará no tempo da análise do *quantum debeatur* na liquidação da reparação fluida e poderá ser necessária a prova de fato novo, qual seja, aquele não analisado no processo de conhecimento; sendo cabível, neste caso, a modalidade de liquidação por artigos³⁶⁷. Neste caso, haverá a oportunidade de coleta de maiores informações para a formação do convencimento do magistrado para indicar uma indenização fluida apropriada ao caso concreto.

³⁶³ ALFREDO, Luciana Romaneli Rodrigues e BALEOTTI, Francisco Emílio. A sentença coletiva e a efetividade dos direitos transindividuais. Revista Jurídica Cesumar, Vol. 12, No 2, 2012, p. 431.

³⁶⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *op.cit.*, p. 910-914.

³⁶⁵ AGUIAR, Leandro Katscharowski. Tutela coletiva de direitos individuais homogêneos e a sua execução. São Paulo: Dialética, 2002, p. 64.

³⁶⁶ AGUIAR, Leandro Katscharowski. *op. cit.*, p. 65-66.

³⁶⁷ AGUIAR, Leandro Katscharowski. *op. cit.*, p. 66-67.

Os valores obtidos pela reparação fluida serão destinados, nos termos do art. 100 do CDC, ao fundo criado pela LACP e deverá ser empregado para reparar os danos que não puderam ser atingidos no caso, mas que possuem conexão com os fins reparatórios do processo³⁶⁸.

Assim, consoante Hugo Nigro Mazzilli o montante oriundo dos ressarcimentos individuais não pleiteados individualmente e àqueles apurados por liquidação coletiva serão recolhidos ao fundo e deverão ser empregados levando em conta o direito e os titulares do direito afetado³⁶⁹.

Dellore observa uma timidez das condenações judiciais dirigidas ao FDD já que em seu levantamento indicou que a maior parte do saldo do fundo (cerca de 95%) era proveniente de multas por infrações administrativas (L. 8884/94) aplicadas pelo CADE³⁷⁰. Novo levantamento realizado demonstra que este quadro sofreu mudanças e que, pelo menos no ano de 2010, a maciça fonte do fundo foi proveniente de condenações judiciais – infração à ordem econômica (um pouco mais de 83%)³⁷¹.

Apesar da ausência de uma estatística geral sobre as fontes do fundo, pode-se imaginar difícil o aumento do montante a ser revertido ao fundo, pois as ações civis públicas tendem a ser propostas em caráter preventivo ou, o que tende a ser buscado, o pedido específico para a compensação daquele dano restituindo o *status quo*, e não a sua conversão em pecúnia.

Em relação à aplicação dos valores do fundo, Dellore observa que não há relação com a natureza da infração ou do dano causado, conforme exigência da Lei nº 9.008/95, art. 1º, §3 ou utilização dos recursos na mesma localidade geográfica da infração já que a CFDD abre carta-consulta para a escolha dos projetos dentre aqueles apresentados³⁷².

O autor ao analisar o quadro negativo acerca do FDD propõe alterações na lei quanto à finalidade e gestão dos recursos do Fundo, como por exemplo,

³⁶⁸ GRINOVER. Ada Pellegrini. *op. cit.*, p. 825.

³⁶⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *op. cit.*, p. 479.

³⁷⁰ DELLORE, Luiz Guilherme Pennachi. Fundo Federal de Reparação de Direitos Difusos (FDD): Aspectos atuais e análise comparativa com institutos norte-americanos. *Revista de Direito Ambiental* n.º 38, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 7.

³⁷¹ Quadro de extrato da Conta do FDD, até 30 de novembro de 2010 constante da ata da 135ª reunião ordinária de 18/11/2010 (ata mais recente disponível no Programa de transparência do Site do Ministério da Justiça).

³⁷² DELLORE, Luiz Guilherme Pennachi. *op. cit.*, p. 09.

desvinculação entre a aplicação dos recursos e a origem dos mesmos ou ao espaço geográfico ou ao próprio dano.

Apesar dos esforços do CFDD a utilização dos recursos do fundo pode ser ainda melhor, com a implementação de ações mais eficazes para se alcançar a reparação do direito lesionado. O FDD constitui um instrumento útil na transformação e incentivo à proteção dos direitos difusos e coletivos que deve ser melhor explorado.

4. DEFICIÊNCIAS E PERSPECTIVAS E DESENVOLVIMENTO NO SISTEMA BRASILEIRO

Com base nos diversos pontos abordados sobre a ACP e a *class action* norte-americana e de outros países é possível tecermos o estudo que nos leva a certas semelhanças em alguns casos bem como a divergências em outros. Ao realizar este trabalho criamos subsídios que nos permitem encontrar as deficiências e perspectivas de cada sistema com a possibilidade de sugerir meios de melhorar o instituto no Brasil.

Por oportuno, será necessário manter em mente, no decorrer desta comparação, que a ACP e a *class action* são ações oriundas de países economicamente e culturalmente diferentes. Portanto, cabe observar que a sociedade brasileira encontra-se em um processo de desenvolvimento e aprimoramento na busca da defesa de interesses coletivos.

4.1 Proximidade entre os sistemas

No estudo do trabalho foi possível observar semelhanças entre os ordenamentos que merecem maior reflexão e debate por parte da comunidade jurídica especializada, como a necessidade de representação e interesse comum; e divergências, como a legitimidade para agir, o contraditório, a coisa julgada e a destinação ao fundo de reparação. Os temas estão intrinsecamente unidos, assim, o exame será realizado de forma sistemática.

A ACP bem como a *class action* tem como finalidades principais a economia processual, o acesso à justiça, evitar decisões divergentes em casos semelhantes e a efetivação do direito material. Pode ser traduzida na busca da defesa do direito coletivo com o retorno ao *statu quo ante* ou a reparação do ilícito e o desencorajamento da prática de ilícitos coletivos, em razão da existência de uma efetiva punição.

Nas ações coletivas há a atuação de um ou de alguns membros de uma determinada classe em representação de todos os demais, e que serão alcançados pelos efeitos da decisão, até mesmo no que diz respeito à imutabilidade, como veremos adiante. Para tanto, é imperioso haver questões de direito e de fato comuns à classe litigante. Este é o requisito que permitirá que o direito seja defendido de modo coletivo, já que possibilitará a tutela desses direitos e a consequente ampliação do acesso à justiça, da eficiência e da economia processual.

No estudo da representação adequada observamos que a legitimação para a propositura das ações civis públicas no Brasil é outorgada *ope legis*, o que nos distancia da *class action* que autoriza qualquer cidadão a provocar o judiciário representando uma coletividade desde que o magistrado julgue, caso a caso, “adequada” a representação dos interesses do grupo. Apesar da legitimidade atribuída por lei, uma aproximação entre os ordenamentos pode ser defendida por aqueles que, como vismos, defendem a possibilidade do controle da ‘representatividade adequada’ pelo magistrado no caso concreto já que não há incompatibilidade desta com o ordenamento pátrio.

A respeito da publicidade verificamos que os diversos ordenamentos determinam – em graus diferentes – a notificação dos titulares dos direitos lesados para que possam, diante da adequada publicidade da ação civil pública, exercer seus direitos. Vimos que por meio desta há o desenrolar da extensão dos efeitos da coisa julgada que não guardam similaridades. A coisa julgada é prevista em diversos ordenamentos jurídicos ocidentais, com origens na *res judicata* do direito romano, entretanto, como analisado o direito pátrio autoriza a formação da coisa julgada *secundum eventum litis*, e, por outro lado, algumas leis alienígenas prevêem o exercício do *right to opt-out*³⁷³.

³⁷³ Rule 23: (2) In any class action maintained under subsection (b) (3), the court shall direct to the members of the class the best notice practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice shall advise each member that: (A) The court will exclude him from the class if he so requests by a specified date; (B) the judgment, whether favorable or not, will include all members who do not request exclusion; and (C) any member who does not request exclusion may, if he desires, enter an appearance through his counsel.

Regra 23: (2) Em qualquer ação de classe mantida sob a subseção (b) (3), o tribunal deverá encaminhar "aos membros da classe a melhor notificação do possível em tais circunstâncias, incluindo a notificação individual a todos os membros que possam ser identificados através de esforço razoável. A notificação deverá informar cada membro que: (A) o tribunal irá excluí-lo da classe se ele assim o solicitar por uma data específica; (B) o julgamento, favorável ou não, incluirá todos os membros que não solicitarem exclusão, e (C) qualquer membro que não solicitar a exclusão pode, se desejar, participar através de seu advogado.

Quanto ao fundo de reparação, observamos que apesar das distinções e comparações entre os institutos da *fluid recovery* e do *superfund*, o fato é que, tanto o ordenamento brasileiro quanto o americano se aproximam na medida em que procuraram obter recursos para a preservação desses direitos violados, desencorajar a reincidência e evitar a impunidade com a promoção de um desfecho aos processos sem liquidação ou mesmo naqueles em que esta se apresenta insuficiente em razão da dificuldade na identificação dos lesados ou nos casos em que os valores do dano só encontram expressividade na coletividade.

4.2 Afastamento entre os sistemas

Mesmo que a *class action* norte-americana tenha sido fonte de inspiração para a ACP brasileira, são de sistemas diversos e possuem diferenças.

A legitimação para a proposição da ação civil pública, talvez a diferença principal, teve no sistema brasileiro sua disposição *numerus clausus*, assim, para a representação do grupo, o legislador fixou um rol de entidades. Nos art. 5.º da LACP e o art. 82 do CDC é onde estão determinados esses entes. A representação perante o juízo se dá na forma da substituição processual, já que a prestação efetiva da tutela também é de interesse do autor da demanda coletiva.

De acordo com Arruda Alvim, a representação é inequívoca e constante do art. 82 do CDC³⁷⁴, entretanto, para Scarpinella Bueno a análise não deve ser realizada exclusivamente do viés legal diante da liberdade do magistrado, caso a caso, ponderar e examinar se o sentido da norma está em harmonia com a regra constitucional do devido processo legal.³⁷⁵

Por conseguinte, deve ser posta em debate a presunção de uma representatividade adequada na qual todos aqueles que satisfaçam as exigências do dispositivo legal são reputados capazes para o exercício regular da ação civil pública.

³⁷⁴ ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *op. cit.*, p. 354.

³⁷⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*, vol. 82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 133-139.

Entretanto, continua o autor e admite que neste caso pode haver o risco de abusos na utilização da demanda coletiva, tal como a *class action* pode servir como *tools of blackmail*. Por isso, o ordenamento precisa prever possibilidades de *public checks and controls*.

Nesta senda, andava bem o anteprojeto n. 3.034/84 que deu origem à atual LACP que permitia ao magistrado avaliar a adequação e a capacidade do ente legitimado ao lado de condições objetivas como a constituição prévia e os objetivos institucionais.

No sistema norte-americano como visto alhures a lei não estabelece um rol fixando apenas que deverá haver uma adequada representação dos interesses da classe a ser analisada pelo magistrado. Caso fique provada a insatisfação dessa representação, poderá ser determinada a substituição do polo ativo por outro representante da classe mais idôneo.

Desta forma, o autor será um indivíduo interessado e envolvido com a demanda; e, para se certificar disso, as outras vítimas poderão fiscalizar os atos praticados por ele e pelo patrono.

Tanto em um ordenamento quanto no outro, a eficácia da decisão final se dá quando do trânsito em julgado da decisão final com a respectiva constituição da coisa julgada.

A coisa julgada na ACP em defesa dos direitos difusos tem eficácia *erga omnes*, seus efeitos atingirão quem não participou da relação processual. Além disso, a coisa julgada é formada *secundum eventum litis*, pois é produzida apenas quando a demanda for julgada procedente. Deste modo, se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas os réus poderão ser acionados novamente.

Na *class action* a eficácia da sentença se estenderá apenas àqueles que decidirem estar no processo visto que as vítimas podem exercer o direito de excluir-se – *right to opt-out* - dos efeitos, favoráveis ou não, das decisões advindas da ação civil pública.

Por conseguinte, se todos os membros ausentes foram regularmente notificados e a representação em juízo foi adequada, todos os interessados – que não tenham exercido seu *right to opt-out* – deverão se sujeitar à coisa julgada.

Como visto alhures, a sentença prolatada em sede de ACP é genérica, por isso, cada vítima no espaço da liquidação demonstrará seu direito lesionado para determinar o *quantum debeatur* para posterior execução. Na ausência de habilitações em número equivalente ao grau da lesão, após o prazo de um ano, os entes legitimados poderão requerer a reparação fluida. Essa reparação inspirou-se na *fluid recovery* e ambas tem o objetivo de evitar que com uma reparação ínfima o autor repita a lesão.

A quantia levantada na *fluid recovery* é dirigida a todo um grupo e em prol de toda a classe; já a soma da reparação fluida brasileira é destinada a um fundo que deverá ser utilizado, preferencialmente, para a reparação do dano.

4.3 Adoção de procedimentos estrangeiros

Observada a ação civil pública nos ordenamentos verifica-se que se trata de instrumentos processuais distintos aplicados a sociedades culturais e econômicas diferentes.

A adoção pelo Brasil dos procedimentos da *class action*, entre outros pontos, estenderia a legitimação para a propositura da ação civil pública e ampliaria a democratização ao acesso à justiça. Assim qualquer cidadão poderia agir de forma ativa em defesa dos direitos coletivos não precisando esperar que um ente legitimado o faça.

Com base nesse entendimento, o Instituto Brasileiro de Direito Processual entregou ao governo um Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos que previa em seu art. 2º, alínea I o princípio da representatividade adequada³⁷⁶.

Entretanto, o Projeto de Lei 5.139/2009 enviado ao Congresso suprimiu qualquer referência à representatividade adequada possivelmente quicá pela falta de

³⁷⁶ Art. 2º. Princípios da tutela jurisdicional coletiva – São princípios da tutela jurisdicional coletiva:

1. representatividade adequada;

preparação da sociedade brasileira para esse tipo de instrumento, o que levaria à propositura desmedida de ações com indenizações milionárias.

Entretanto, defende Ada Pellegrini Grinover, que no anteprojeto havia formas de se aferir essa representação³⁷⁷ e obstruir ações temerárias. Continua defendendo que o rol de legitimados à propositura da ação civil pública precisaria ser amplo e abranger o cidadão³⁷⁸.

Assim, o ordenamento garantiria a participação dos membros da categoria que ao buscar a defesa de seu interesse agiria com maior zelo, o que otimizaria o andamento do processo. Por outro lado, um representante agindo de má-fé, em conluio ou despreparado poderia gerar ações em busca de indenizações milionárias que causariam danos irreparáveis às empresas.

Provavelmente com esta preocupação o Ministério da Justiça optou por não incluir este mecanismo no Projeto de Lei n.º 5.139/2009 até que a sociedade brasileira tenha dado maiores passos ao desenvolvimento social e cultural.

A doutrina norte-americana censura duramente a atuação do advogado no andamento de uma *class action*, pois, muitas vezes, é um mesmo indivíduo que concentra diversas atuações. É aquele quem delinea o ato ilícito, identifica a categoria atingida, escolhe o membro representante, delibera sobre os limites da demanda.

Além da mercantilização da demanda, a *class action* também pode enfrentar o problema da corrupção do representante ou do advogado. Consequente, não é incomum a contratação de um segundo advogado para supervisionar e acompanhar a atuação do primeiro advogado e do representante. O Brasil não está isento dessas possibilidades, o que implica a necessidade de fazer uso das penas previstas no CPC ou a edição de novo regramento punitivo específico.

³⁷⁷ Art. 20. Legitimação. São legitimados concorrentemente à ação coletiva ativa:

I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos, desde que o juiz reconheça sua representatividade adequada, demonstrada por dados como:

a – a credibilidade, capacidade e experiência do legitimado;

b – seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos;

c – sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado;

³⁷⁸ FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. Representatividade adequada nos processos coletivos. Tese de doutorado. Orientadora: Ada Pellegrini Grinover. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010, p. 61.

Ante isso, pode-se deduzir que há benefícios na aplicação dos procedimentos da *class action* no sistema processual brasileiro, entretanto, nossa sociedade ainda precisa progredir e aprimorar a organização civil em prol do acesso à justiça.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o desenvolvimento do presente trabalho, pode-se extrair algumas ponderações a respeito do objeto foco do estudo. Foi possível examinar os avanços do sistema americano na defesa de direitos coletivos e seus institutos. Tanto no ordenamento brasileiro como no ordenamento norte-americano os institutos e procedimentos são muito distintos, com diferenças que não permitem confundir os dois instrumentos. Entretanto, considero que as normas do direito brasileiro são mais adequadas à nossa atual sociedade e cultura e mudanças devem ocorrer quando forem contemplados juntamente com meios de controle.

A legitimidade de uma demanda coletiva permite que um único ente busque a defesa do interesse de várias pessoas, por isso, essa representação deve ser exercida de forma competente e adequada, tendo o magistrado a obrigação – ainda que de forma mais simplista no Brasil - de velar para que esta seja cumprida.

No sistema brasileiro a representação é daqueles legitimados em lei enquanto que no norte-americano é de qualquer um dos membros da classe. Debateu-se na comunidade jurídica brasileira sobre a possibilidade de se importar essa legitimação ainda maior para a proposição da ação civil pública como instrumento de ampliação ao acesso à justiça.

Entretanto, no panorama atual não creio que seja recomendável permitir o controle da representação pelo Judiciário. Primeiramente é necessário o reforço em políticas públicas de promoção do exercício da cidadania, da cultura da justiça e integridade para se afastar qualquer possibilidade de desvirtuamento da representação na ação civil pública. Ao se alcançar a consciência geral quanto à cidadania, qualquer cidadão superaria a postura de passividade e colaboraria com o Estado no controle da adequada legitimidade.

Igualmente me parece ser incompatível com o presente ordenamento brasileiro a vedação de legitimação propositura de ação individual, mesmo que incorporado conjuntamente o direito ao *opt-out*. Em razão do número expressivo de titulares individuais do direito, os efeitos da decisão poderão atingi-los, embora não tenham participado efetivamente do processo. Assim, parece acertada a disciplina trazida pelo Código de Defesa do Consumidor que permite aos membros da classe deduzirem suas pretensões individualmente, ainda que incontestavelmente frustrar a energia

despendida na demanda conjunta. Se a intenção do Brasil fosse essa, o dispositivo seria considerado inconstitucional diante do disposto no art. 5º, XXXV, da CRFB que prevê a inafastabilidade do Poder Jurisdicional.

A publicidade garantida nos diversos ordenamentos determina a notificação dos titulares dos direitos lesados para que possam, diante da adequada publicidade da ação civil pública, exercer seus direitos. No Brasil, apesar do regramento existente não levar a uma publicidade muitas vezes eficaz, eis que a publicação de edital em jornal oficial não tem uma ampla leitura pelos cidadãos; os membros do Ministério Público, bem como as associações de defesa do consumidor têm se empenhado na melhor notificação possível na busca da defesa de direitos metaindividuais com a divulgação em outros meios de comunicação. Apesar de louvável a postura, é de bom grado que seja acobertada por lei para incumbir àqueles que não se empenham tanto a realizar uma comunicação capaz a atingir seu propósito.

Quanto ao fundo de reparação, analisamos no espaço do trabalho distinções e comparações entre os institutos norte-americanos da *fluid recovery* e do *superfund*. Com base nos subsídios colhidos visualizamos que tanto o ordenamento brasileiro quanto o americano tem por objetivo arrecadar recursos para a preservação dos direitos lesados, desestimular a reincidência na prática dos atos lesivos e frustrar a impunidade com o incentivo à realização dos processos sem liquidação ou daqueles em que esta seja insuficiente diante do transtorno em identificar os titulares dos direitos ou nos casos em que singularmente os valores não apresentam expressividade.

Apesar de os ordenamentos civil law brasileiro e o common law americano não guardarem tantas semelhanças o exame cotejado do instituto coletivo de cada um e o aproveitamento dos conhecimentos de todos são de grande valor e merecem maior aprofundamento.

Por conseguinte, podemos concluir que a continuidade do desenvolvimento do contexto social brasileiro, bem como, do político e do econômico permitirá uma participação popular efetiva e íntegra. Para tanto, é o investimento contínuo na educação, na moralização e de noções de cidadania e justiça que permitirá aos interessados fazerem uso correto desse importante instrumento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. 2. ed. São Paulo - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo Von. *Sistema da ação civil pública no processo do trabalho*. São Paulo: Ltr, 2005, p. 99.

AGUIAR, Leandro Katscharowski. *Tutela coletiva de direitos individuais homogêneos e a sua execução*. São Paulo: Dialética, 2002.

ALFREDO, Luciana Romaneli Rodrigues e BALEOTTI, Francisco Emílio. A sentença coletiva e a efetividade dos direitos transindividuais. *Revista Jurídica Cesumar*, Vol. 12, No 2, 2012.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro – um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. O poder judiciário brasileiro como instituição de transformação positiva da realidade social. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18475/O_Poder_Judici%C3%A1rio_Brasileiro_Como_Institui%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=2

ALMEIDA, João Batista de. A ação civil pública e a jurisprudência do STF. *Revista de direito do consumidor*, n. 36, p. 155-163, out./dez. 2000.

_____. A ação civil coletiva para defesa dos interesses individuais homogêneos dos consumidores. *Revista da Procuradoria Geral da República*, n. 1, out-dez 1992.

_____. *Aspectos controvertidos da ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. A ação civil pública e a tutela jurisdicional do consumidor. *Revista de direito do consumidor*, n. 32, p. 9-15, out./dez. 1999.

_____. Ação civil pública e ação coletiva: afinidades e distinções. *Revista de direito do consumidor*, n. 26, p. 113-118, jan./mar. 1998.

ALSTON, Philip. Conjuring up new human rights: a proposal for quality control. *American Journal of International Law*, v. 78, e s, 1984, p. 607-621.

ALONSO JUNIOR, Hamilton. A ampliação do objeto das ações civis públicas na implementação dos direitos fundamentais. In: MILARÉ, Édís (coord.) *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. O julgado coletivo e a fase de execução: alguns avanços necessários. In: MILARÉ, Édís (coord.) *Ação civil pública após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ALVARES, Samantha Lopes; OLIVEIRA, Guilherme José Braz de. Comentário ao art. 2.º da Lei 7.347/85. In: COSTA, Susana Henriques da (coord.) *Comentários à lei de ação civil pública e lei de ação popular*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 5.º ed, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997, vol.1.

ALVIM NETTO, José Manoel de Arruda. *Código do Consumidor Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª. ed., 1995.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v.1.

_____. *Primeiras Linhas do Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1977.

AMICHAÏ, Magen e PERETZ, Segal. The Globalization of Class Actions - National Report: Israel. 2007. Disponível em http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Israel_National_Report.pdf

ANDRADE, Luís Antonio de. Interesses difusos ou coletivos, Ação civil pública, Lei 7.347/85, Proteção a consumidores não se submete ao regime da Lei 7347/85, inclusive no tocante a legitimidade ativa 'ad causam', a tutela jurisdicional de interesses individuais de consumidores, ainda que numerosos e semelhantes. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, v. 78, n. 648, p. 7-12, out. 1989.

ANDREWS, Neil. Multi-Party Proceedings in England: Representative and Group Actions. In *Duke Journal of Comparative & International Law*, Durham, North Carolina, Spring/Summer, 2001, p. 249-267.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Ação civil pública: casos concretos. *Revista de Informação Legislativa (Senado Federal)*, n. 135, jul-set, 1997.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. A declaração concentrada de inconstitucionalidade pelo STF e os limites impostos à ação civil pública e ao Código de proteção e defesa do consumidor. *Revista de processo*, v. 21, n. 81, p. 127-134, jan./mar. 1996.

_____. Ação civil pública. *Revista de processo*, v. 22, n. 87, p. 149-165, jul./set. 1997.

_____. Ação civil pública sua evolução normativa significou crescimento em prol da proteção às situações coletivas. In *Temas contemporâneos do direito: homenagem ao bicentenário do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Guerra Ed., 2011. p. 67-79.

ARRUDA NETO, Pedro Thomé de. Ação civil pública. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, v. 12, n. 23, p. 209-230, jan./dez. 2004.

AZEVEDO, Luis Carlos de. TUCCI, José Rogério Cruz e. *Lições de História do Processo Civil Romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BANDEIRA, Evandro Ferreira de Viana. Ação civil pública de responsabilidade por dano ecológico promovida pelo Ministério Público – Ônus da sucumbência. *Revista Jurídica*, n. 218, dez. 1995.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

BARBOSA, Andrea Carla e CANTOARIO, Diego Martinez Ferverza. O incidente de resolução de demandas repetitivas no projeto de Código de Processo Civil: apontamentos iniciais. In: FUX, Luiz (Coord.). *O novo processo civil brasileiro (direito em expectativa)*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 436-523.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ação civil pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, n. 3, 1993.

_____. Ação civil pública e programação da TV. *Revista de Direito Administrativo*, n. 201, jul-set, 1995, p. 45-56.

_____. A ação civil pública e a língua portuguesa. *Revista do Ministério Público / Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 13, p. 185-189, jan./jun. 2001.

_____. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular no direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos, in *Temas de direito processual (1ª série)*, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 7-19.

_____. Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988. *Revista de Processo* nº61. São Paulo: Revista dos Tribunais, janeiro-março 1991. p. 189-190.

BARRAL, Welber. Notas sobre a ação civil pública em matéria tributária. *Revista de Processo*, n.80, out-dez. 1995.

BARROS FILHO, Salvador Pompeu de. Ações Coletivas. *Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados*, vol. 22, n. 162, p. 9-23, São Paulo, jan-fev. 1998.

BARROSO, Luis Roberto. Ação popular e ação civil pública. Aspectos comuns e distintivos. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, n. 4, jul-set. 1993.

_____. A proteção coletiva dos direitos no Brasil e alguns aspectos da class action norte americana. *De Jure - Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, n. 8, Belo Horizonte, 2007, p. 34-51.

_____. A ação civil pública do direito brasileiro: crônica de uma história de sucesso. In *Estudos em homenagem a Carlos Alberto Menezes Direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 423-457.

BELLINETTI, Luiz Fernando. Ações coletivas – Um tema a ser ainda enfrentado na reforma do processo civil brasileiro – A relação jurídica e as condições da ação nos interesses coletivos. *Revista de Processo*, vol. 25, n. 98, p. 125-132, São Paulo, abr-jun. 2000.

BENJAMIN, Antonio Herman V. e. A “citizen action” norte-americana e a tutela ambiental. *Revista da Associação dos Juizes do Rio grande do Sul*, vol. 18, n. 53, p. 87-113, Porto Alegre, Nov. 1991.

_____. “Citizen action”, “class action” e os novos institutos de tutela ambiental no direito americano. *Ajuris* 53/87, no. 1991.

BERTOIGNA JÚNIOR, Oswaldo. Ação civil pública: legitimidade: principais aspectos. *Revista IOB de direito administrativo*, v. 2, n. 19, p. 7-24, jul. 2007.

BIELSA, Rafael. A ação popular e o poder discricionário da administração, RF 157/37.

BITTAR, Eduardo C. B. História do direito brasileiro. São Paulo: Atlas, 2003.

BLASI, Paulo Henrique. A ação civil pública como instrumento de combate à corrupção no estado democrático de direito. *Revista de direito administrativo*, n. 221, p. 127-132, jul./set. 2000.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAUDI, Emilio. *La tutela degli interessi colettivi*. Milano-Torino-Roma: Fratelli Bocca Editori, 1911.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª Ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Interesse Público*. Revista do Superior Tribunal de Justiça, volume 8, nº. 40, de nov./dez. de 2006.

BRAGA, Carlos Eduardo Faraco. Ações coletivas. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 7, p. 85-100, São Paulo, jul-set. 1993.

BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ação Civil Pública*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996.

BUENO, Cássio Scarpinella. As class action norte americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*, vol. 21, n. 82, p. 92-151, São Paulo, abr-jun. 1996.

_____. *Nova etapa da reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006. V. 1 e 2.

BURGO, Vitor. Em busca da legitimação perdida: a exclusão da pessoa física do rol de legitimados do PL 5.139/2009. *In Em defesa de um novo sistema de processos coletivos: estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Saraiva, 2010.

BURLE FILHO, José Emmanuel; GAMA, Antonio Carlos Augusto. Ação civil pública promovida pelo Ministério Público e ônus da sucumbência. *Justitia*, n. 174, abr-jun, 1996.

_____. Ação civil pública: os caminhos da constitucionalização. In *A ação civil pública: após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. *Revista de Processo*, Ano 32, n. 147. São Paulo: Revista dos Tribunais, maio/2007.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Comentários ao código de processo civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 3,

CAMARGO FERRAZ, Antonio Augusto Mello de. Ação civil pública, inquérito civil e Ministério Público. In MILARÉ, Édis. (coord.) *Ação civil pública – Lei 7.347/85 – 15 anos*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____; NERY JUNIOR, Nelson; MILARÉ, Édis. A Ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos. São Paulo: Saraiva, 1984. In: MILARÉ, Édis (coord.) *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Ação Civil Pública*. Rio de Janeiro: Aide, 1995

CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. Ação popular constitucional. São Paulo: Saraiva, 1968.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 1994.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 1992.

CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 5, p. 128-159, jan./mar. 1977.

CAPPELLETTI, Mauro. *Vindicating the public interest through the courts in The Judicial Process in Comparative Perspective*. Oxford: Clarendon Press, 1989.

_____. *Appunti Sulla Tutela Giurisdizionale di Interessi Collettivi o Diffusi*. Padova: CEDAM. 1976.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Ação civil pública: direitos individuais homogêneos, limitações à sua tutela pelo Ministério Público. *Ciência Jurídica*, v. 16, n. 104, p. 21-30, mar./abr. 2002.

_____. *Intervenção de terceiros*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. A proteção dos direitos difusos através de ajustamento de conduta previsto na lei que disciplina a ação civil pública (lei 7.347/85 – art. 5.º § 6.º). *Revista da Faculdade de direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro*, v. 1, n. 1, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. *Trattato del processo civile: diritto e processo*. Napoli: Morano, 1958.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

CHAFFE, Zechariah apud YEAZELL, Stephen C. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven and London: Yale University Press, 1987.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. J. Guimarães Menagale. São Paulo: Saraiva, 1969, v.I

CICERO, Marcus Tullius. *M. Tvlli Ciceronis ad M. Brvtvm Orator*. Lipsiae: Tevbneri, 1884.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 19ª Ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

CONSTANTINO, Carlos Ernani. Ação civil pública a defesa dos interesses metaindividuais em juízo, pelo Ministério Público e entidades co-legitimadas. *Revista síntese de direito civil e processual civil*, v. 2, n. 10, p. 26-29, mar./abr. 2001.

CORDEIRO, Carlos José. Da legitimidade da defensoria pública para propor ação civil pública. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, v. 101, n. 920, p. 239-259, jun. 2012.

COSTA, Daniel Carnio. Danos individuais e ações coletivas. Curitiba: Juruá Editora, 2010.

COSTA, Daniel Carnio. Ações Coletivas para reparação de Danos Individuais – Uma proposta de interpretação útil em favor da efetividade do Processo Coletivo. Dissertação de Mestrado São Paulo: Faculdade Autônoma de Direito – Fadisp, 2008.

COSTA, Diana Isis Pena da. Ação civil pública trabalhista. *Revista Ltr*, v. 59, n. 2, fev. 1995.

COUND, FRIEDENTHAL, MILLER E SEXTON. Civil Procedure - Cases and Materials, St. Paul, West Publishing Co., 5ª. ed., 1989.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Direito romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.

CRETELLA JUNIOR, Jose. *Curso de Direito Romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Jurisdição e poder: contribuição para a história dos recursos cíveis. São Paulo: Saraiva, 1987.

CUNHA, Alcides Munhoz da. Evolução das ações coletivas no Brasil. *Revista da Procuradoria Geral da República* n. 8, jan-jun. 1996.

DAVID, René. O direito inglês. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DAVID, René e JAUFFRET-SPINOSI, Camille. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. Tradução Hermínio A. Carvalho. 11 ed. Paris: Dalloz, 2002.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Ação civil pública direitos individuais homogêneos e a legitimidade do Ministério Público. *Revista dialética de direito processual*, n. 81, p. 99-113, dez. 2009.

_____. Ação civil pública: do individual ao coletivo. *Revista dialética de direito processual*, n. 80, p. 114-128, nov. 2009.

DEGENKOLB, Heinrich. Beiträge zum Zivilprozess, 2. Neudruck der Ausgabe Leipzig 1905, Aalen, Scientia Verlag, 1987.

DEGENKOLB, Heinrich. Einlassungszwang und Urteilsnorm — Beiträge zur materiellen Theorie der Klagen insbesondere der Annerkennungsklagen, Neudruck der Ausgabe Leipzig 1877, Aalen, Scientia Verlag, 1969, p. 32-33, 41-42; PLÓSZ,

Alexander. Beiträge zur Theorie des Klagerechts, Leipzig: Verlag von Duncker
_amp_amp_semi_ Humblot, 1880.

DELLORE, Luiz Guilherme Pennachi. Fundo Federal de Reparação de Direitos
|Difusos (FDD): Aspectos atuais e análise comparativa com institutos norte-
americanos. Revista de Direito Ambiental n.º 38, São Paulo: Revista dos Tribunais,
2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 12ª edição: Revista,
ampliada e atualizada. Salvador: Edições Jus Podivm, 2010.

_____. A competência jurisdicional para a ação civil pública e a regra do
art. 109, § 3.º, da CF/88. Comentário ao acórdão do STF no RE 228.955-9. *Revista
Dialética de Direito Processual*. N. 5, p. 23-31, ago. 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Fundamentos do processo civil moderno. 2. Ed. São
Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

_____. Litisconsórcio. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. Processo Civil Comparado, in *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Ed.
Forense, jan/mar 1999, v. 95, n. 345.

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

DOMBEY-MOORE, Bonita. Class action dilemmas: pursuing public goals for private
gain. Santa Mônica, Califórnia: Rand Institute for Civil Justice, 2000.

DOTTI, René Ariel. A atuação do Ministério Pública na proteção dos interesses
difusos. Ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos. *Revista do MP
do Rio Grande do Sul*, N. 19/86.

FAVERO, Eugênia Augusta Gonzaga. Ação civil pública: a legitimação do Ministério
Público para a defesa de interesses individuais homogêneos. In: ROCHA, J.C. de
Carvalho; HENRIQUES FILHO, T. H. P.; CAZETTA, Ubiratan (coord.). *Ação civil
pública – 20 anos da Lei 7.347/85*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

FERNANDES NETO, Guilherme. Cláusulas, práticas e publicidades abusivas - O
abuso do direito no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2012

FERNANDES NETO, Guilherme. Inquérito Civil e Ação Civil Pública. Atlas, no prelo.

_____. O abuso do direito no Código de Defesa do Consumidor – cláusulas, práticas e publicidades abusivas. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de, [et al.]. O novo processo civil coletivo. Lumen Juris, 2009.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Ação civil pública – Ação popular – A defesa dos interesses difusos e coletivos – Posição do Ministério Público. Revista Trimestral de Direito Público, n. 16, 1996; Boletim de Direito Administrativo, vol. 208, p. 35-53, Florianópolis, abr-jun. 1997.

_____. Ação civil pública – Gizamento constitucional. In MILARÉ, Édis. (coord.) Ação civil pública – Lei 7.347/85 – 15 anos. 2. Ed. São Paulo: REVISTA DOS TRIBUNAIS: 2002.

_____. Ação civil pública. Considerações sobre a discricionariedade na outorga e no pedido de suspensão da liminar, na concessão de efeito suspensivo aos recursos e na tutela antecipada. In MILARÉ, Édis. (coord.) Ação civil pública – Lei 7.347/85 – 15 anos. 2. Ed. São Paulo: REVISTA DOS TRIBUNAIS: 2002.

FILARDI, Hugo. Ação civil pública e acesso à justiça. *Revista de direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, n. 77, p. 74-93, out./dez 2008.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Ação civil pública (consumidor): execução de liminares, medidas cautelares e sentenças. *Justitia* 52 (149), jan-mar. 1990.

_____. Ação civil pública consumerista conflitos de atribuições entre ministérios públicos. *Revista do Tribunal Regional Federal: 3ª Região*, n. 84, p. 89-124, jul./ago. BBD 2008.

FINK, Daniel Roberto. Alternativa à ação civil pública ambiental (reflexões sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta). In MILARÉ, Édis. (coord.) Ação civil pública – Lei 7.347/85 – 15 anos. 2. Ed. São Paulo: REVISTA DOS TRIBUNAIS: 2002.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Ação civil pública e a defesa dos direitos constitucionais difusos. *Atualidades jurídicas* 2. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 65-88.

_____. A ação civil pública e a defesa dos direitos constitucionais difusos fundamentos constitucionais da Política Nacional do Meio Ambiente: comentários ao

artigo 1. da Lei n. 6.938/81. São Paulo: Tribunal Regional Federal da 3ª Região, Escola de Magistrados, 1998.

FLEURY FILHO, Luiz Antonio. Registros históricos de uma lei com destino transcendental. In MILARÉ, Édís. (coord.) Ação civil pública – Lei 7.347/85 – 15 anos. 2. Ed. São Paulo: REVISTA DOS TRIBUNAIS: 2002.

FORNACIARI, Flávia Hellmeister Clito. Representatividade adequada nos processos coletivos. Tese de Doutorado defendida na Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

FONSECA, Bruno Gomes Borges da. ; LEITE, Carlos Henrique Bezerra . Acesso à Justiça e ações pseudoindividuais: (i) legitimidade ativa do indivíduo nas ações coletivas. Revista de Processo, v. 203, p. 347-365, 2012.

FONTES, Paulo Gustavo Guedes. A ação civil pública e o princípio da separação dos poderes. In *A ação civil pública: após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 471-485.

FRANCO, Fábio Luis. A Ação civil pública como instrumento de controle das políticas públicas. *Revista de Processo*, v. 31, n. 135, p. 34-70, maio 2006.

FRONTINI, Paulo Salvador. Ação civil pública em tutela de direitos difusos : condições da ação - indagações sobre a possibilidade jurídica do pedido, interesse processual e legitimidade dos efeitos jurídicos. In *A ação civil pública : após 20 anos : efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FUX, Luiz. Intervenção de terceiros: aspectos do instituto. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. *Tutela de segurança e tutela da evidência*. São Paulo: Saraiva, 1996.

GAJARDONI, Fernando; MEDINA, Fábio Araújo. *Procedimentos cautelares e especiais*. vol. 4. 2.ed. São Paulo: RT, 2010.

GARABELLO, Adriana (Direzione Segreteria dell'Assemblea Regionale). Class Action. Consiglio Regionale Del Piemonte, 2007. Disponível em <http://www.consiglio regionale.piemonte.it/infoleg/dwd/focus/2007/8class-action.pdf>

GIDI, Antonio. A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos - As Ações Coletivas em uma Perspectiva Comparada. Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Código de Processo Civil Coletivo. Um modelo para países de direito escrito, Revista de Processo, nº 111. São Paulo: RT, jul-set 2003. p. 192-208.

_____. 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. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Mudanças estruturais no processo civil brasileiro. Revista de Direitos e Garantias Fundamentais - nº 1, 2006.

GILISSEN, John. Introdução histórica ao direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

GOFF, Jacques Le. A civilização do ocidente medieval. Lisboa: Editorial Estampa, 1983.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. Curso de direito processual civil coletivo. 2. ed. São Paulo: SRS Editora, 2008.

GOZZOLI, Maria Clara. Em defesa de um novo sistema de processos coletivos estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Saraiva, 2010.

GRECO, Leonardo. A Teoria da Ação no Processo Civil, São Paulo: Dialética, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1987.

GRINOVER, Ada Pellegrini [et al.]. Direito processual coletivo e o Projeto de Lei de código brasileiro de processos coletivos. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007.

_____. A ação civil pública no STJ. STJ – 10 anos – Obra comemorativa – 1989-1999. Brasília, STJ, 1999.

_____. A ação civil pública e a defesa de interesses individuais homogêneos (parecer). Revista de Direito do Consumidor, n. 5, p. 206-229, São Paulo, jan-mar. 1993.

_____. A class action brasileira. In: Tubenclak Bustamante, R.S. (coords.). Livro de Estudos Jurídicos, n. 2. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos Jurídicos, 1991, p. 22-28.

_____. A tutela dos interesses difusos. São Paulo: Max Limonad, 1984.

_____. Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada. In: Revista Forense, volume 361: Editora Forense, Rio de Janeiro, 2002.

_____. Cumprimento da sentença. In: BOTTINI, Pierpaolo; RENAULT, Sergio (coord.). : *A nova Execução de Títulos Judiciais – Comentários à Lei 11.232/05*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Direito processual coletivo. São Paulo Revista dos Tribunais 2007.

_____. Em defesa de um novo sistema de processos coletivos. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Processo coletivo do consumidor ônus de adiantamento das despesas da prova. In 20 anos do Código de defesa do consumidor : estudos em homenagem ao professor José Geraldo Brito Filomeno. São Paulo : Atlas, 2010, p. 513-526.

GUERRA, Isabella Franco. Ação Civil Publica e Meio Ambiente. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GUGEL, Maria Aparecida. Do cabimento da tutela antecipatória na ação civil pública. Revista de Direito do Trabalho, n. 93, mar. 1996.

GUINCHARD, Serge. L'action de groupe en procédure civile française. In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 42 n°2, Abril-junho 1990. p. 599-635.

HOESCHL, Hugo Cesar, BARCIA, Ricardo Miranda. *A telemática e os direitos da sétima dimensão*. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, São Paulo, v.174, p.9-14, 1999.

HOESCHL, Hugo César. *A vida digital e os direitos da sétima dimensão*. Disponível em: http://www.i3g.org.br/producaotc/direito_digital/digital/panorama1.htm.

KENNEDY, John E. Digging for the missing link. From medieval group litigation to the modern class action, by Stephen C Yeazell, in *Vanderbilt law Review*, Nashville, Tennessee, October 1998.

KOMATSU, Paula. *Ação coletiva: evolução histórica*. Dissertação, São Paulo, 2003.

LACERDA, Galeno. *Ação civil pública*. *Revista do Ministério Público / Procuradoria Geral da Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*, n. 19, p. 11-33 1986.

_____. *Ação civil pública e meio ambiente*. *Ajuris* 15 (43)/7-17, jul. 1988.

_____. *Despacho saneador*. 3. ed. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1990.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação Civil Pública – Nova Jurisdição Trabalhista Metaindividual – Legitimação do Ministério Público* – São Paulo: LTr – 2001.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*, 3ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Processo coletivo: evolução e perspectivas*. Dissertação de Mestrado, USP, 2001.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto procesuale civile*. Milano: Giuffrè, 1973. V.1.

_____. *Embargos do executado: oposições de mérito no processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1968.

LIMA, Francisco Meton Marques de. *O Resgate dos Valores na Interpretação Constitucional: por uma hermenêutica reabilitadora do homem como 'ser-moralmente-melhor'*. Fortaleza: ABC Editora, 2001.

LOUREIRO, Caio Márcio. *Ação civil pública e o acesso à justiça*. São Paulo: Método, 2004.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Tutela Coletiva*. São Paulo: Atlas, 2006.

LUIZ, Joaquim Torquato. *Ação civil pública como instrumento de acesso à justiça na defesa dos interesses coletivos e difusos*. *Consulex: Revista Jurídica*, v. 7, n. 150, p. 58-60, abr. 2003.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Ação Civil Pública (ambiente, consumidor, patrimônio cultural)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

_____. Ação civil pública e tombamento. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1986.

MACIEL, Nascimento Alves. Ação Civil Publica. Rio de Janeiro: Iglu, 2002.

MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. Teoria das Ações Coletivas: ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTR, 2006.

_____. Teoria do direito coletivo: direito ou interesse (difuso, coletivo e individual homogêneo)? Revista Trabalhista – Direito e Processo, Rio de Janeiro, v. 3, n. 9, p. 233-279, jan./mar. 2004.

MAGEN, Amichai e SEGAL, Peretz. The globalization of class actions – National Report: Israel, 2007. Disponível em: http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Israel_National_Report.pdf

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A concomitância entre ações de natureza coletiva. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n.54, p.45-94, dez., 2000.

_____. A ação civil pública como instrumento de controle judicial das chamadas políticas públicas. In MILARÉ, Édis. (coord.) *Ação civil pública – Lei 7.347/85 – 15 anos*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2002.

_____. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. Ação civil pública: instrumento de participação na tutela do bem comum. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido R.; WATANABE, Kazuo (coord.). *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p. 190-211.

_____. *Ação popular*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. Interesses difusos e coletivos, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, n. 747, p. 67-84.

_____. Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas. 2. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Processo de conhecimento. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARQUES, José Frederico. As ações populares no direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 46, n. 266, p. 5-13, 1957.

MARQUES, Mário Reis. *História do direito português medieval e moderno*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2002

MARTINS, Antonio Payan. "Class action" em Portugal. Lisboa: Cosmos, 1999.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Ação civil pública – limites constitucionais. Revista do MP do trabalho, n. 9, 1º sem. 1995.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Utilidade social da ação civil pública. *Justitia*, v. 173, jan-mar. 1996.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Tutela coletiva em Portugal: uma breve resenha. De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. n.7, p.45-86, jul./dez., 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A ação civil pública. Revista dos tribunais, São Paulo, v. 82, n. 690, p. 277-282, abr. 1993.

_____. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 16. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Das ações coletivas em matéria de proteção ao consumidor: o papel do Ministério Público. *Justitia*, vol. 54, n. 160, p. 158-180, São Paulo, out-dez. 1992.

_____. Interesses coletivos e difusos. Revista dos Tribunais: n. 668, p. 47-57, São Paulo, jun. 1991.

_____. Os interesses transindividuais: sua defesa judicial e extrajudicial. In: KONZEN, Afonso Armando (Org.). *Pela justiça na educação*. Brasília: FUNDESCOLA/MEC, 2000.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. Ação civil pública e tutela de interesses transindividuais. *Genesis: Revista de Direito do Trabalho*, v. 11, n. 66, p. 881-888, jun 1998.

MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. Aspectos da ação civil pública. *RePro* 47/218.

MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de Segurança, Ação Popular e Ação Civil Pública. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações coletivas nos países ibero- americanos: situação atual, código modelo e perspectivas. *Revista de processo*, v.32, n.153, p.188-216, nov., 2007.

_____. Ação civil pública : desafios e perspectivas após 25 anos de vigência da Lei 7.347/1985. In *A ação civil pública: após 25 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. p. 63-77.

_____. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2005.

_____. CCJ debate projeto de lei que disciplina ação civil pública. Disponível em: http://www.informes.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=210:ccj-debate-acao-civil-publica&catid=1:latest-news&Itemid=108.

_____. *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: JusPodivm, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. Ação civil pública e controle de constitucionalidade. In *Aspectos polêmicos da ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 151-167.

MENDES, Ítalo Fioravanti Sabo. O duplo grau de jurisdição no processo civil: um exame à luz da constituição e da instrumentalidade do processo. 2008. 482 f. ; Tese (doutorado) - Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, 2008.

MILARÉ, Édís. Ação Civil pública na nova ordem constitucional. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. (coord.). Ação civil pública – Lei 7.347/85 – Reminiscências e reflexões após 10 anos: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1995.

_____ (coord.) Ação civil pública – Lei 7.347/85 – 15 anos. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2002.

_____. Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2005. MILARÉ, Édís (coord.) Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Ação civil pública após 25 anos: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2010. MILARÉ, Édís (coord.) Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MIRANDA, Sandra Julien (org). O Mandato de Segurança, a Ação Civil Pública, a Ação Popular, o Habeas Corpus e o Habeas Data. Rideel, 2005.

MIRANDA FILHO, Juventino Gomes de. *O caráter interdito da tutela antecipada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Interesses difusos: a ação civil pública e a constituição. Revista de Informação Legislativa, vol. 24, n. 94, p. 169-174, Brasília, abr-jun. 1987.

MONTE ALEGRE, Sérgio. Ação civil pública, Constituição Federal e legitimidade para agir. *Revista trimestral de direito público*, n. 14, p. 67-77, 1996.

MORAES, Voltaire de Lima. *Ação civil pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 460-464.

_____. *Ação civil pública alcance e limites da atividade jurisdicional*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2007.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Ação civil pública. *Revista trimestral de direito público*, n. 3, p. 187-203 1993.

_____. Tutela dos interesses difusos e coletivos, in *Temas de Direito Processual – terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984.

Regra n. 23, da Federal Rules of Civil Procedure

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NEIVA, José Antonio Lisboa. A competência na ação civil pública e na ação popular – Breves considerações. *Justitia*, v. 171, jul-set. 1995.

NERY JR., Nelson. *Ação civil pública*. Justitia 45 (120)/79-88, São Paulo, jan-mar. 1983.

_____. *Código de Processo Civil comentado*, 7 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

_____; CAMARGO FERRAZ, Augusto Mello de; MILARÉ, Édis. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2.ed. Rev. Atual. e ampl. São Paulo: Método, 2008.

NUNES, Jorge Amaury Maia. Princípios constitucionais: interpretação visando à efetividade dos direitos fundamentais. *Direito Público*, v. 19, p. 94-112, 2008.

_____. *Segurança Jurídica e Súmula Vinculante*. 1a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NUNES, Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed., rev., mod. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Do formalismo no processo civil*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Francisco Antonio de. *Ação civil pública: enfoques trabalhistas: doutrinas – jurisprudência – legislação*. 2 ed. rev., ampl e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

OLIVEIRA, Marcelo da Silva. A ação civil pública e a tutela dos direitos individuais homogêneos pelo Ministério Público. *Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, v. 10, n. 20, p. 113-141, jul./dez. 2002.

OLIVEIRA JUNIOR, Waldemar Mariz de. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos, in *Estudos sobre o amanhã*, ano 2000 - Caderno 2, São Paulo: Ed. Resenha Universitária, 1978.

ORTOLANI, Juliana de Carvalho. Ação civil publica. *Boletim de Direito Administrativo*, v. 13, n. 7, p. 476-481, jul. 1997.

PACHECO, José da Silva. Da ação civil pública depois da alteração da lei nº 11.448, em vigor desde 16-1-2007. *ADV Advocacia dinâmica : boletim informativo semanal*, v. 27, n. 10, p. 215-213, 11 mar. 2007.

PACCHIONI, Giovanni. *Corso di Diritto Romano*. Torino, Unione Tipografico, volume primo, seconda edizione completamente rifatta ed ampliata, 1918.

PALMER, Michael e XI, Chao. Collective and Representative Actions in China. Disponível em http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/China_National_Report.pdf .

PETERS, Edward M. Stephen C. Yeazell, From medieval group litigation to the modern class action. In *The American Journal of Legal History*, v. XXXIV, n. 4, 1990.

PINTO, Maria Hilda Marsiaj. *Ação civil pública: fundamentos da legitimidade ativa do Ministério Público*. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2005.

POLETTI, Ronaldo Rebello de Brito. *Introdução ao Direito*. 3ª. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. *Elementos de Direito Romano*. Público e Privado. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v. 7; 1976, v. 12.

_____. *Tratado das Ações*. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1979, Tomo I, RT, 1979.

PUGLIESE, Giovanni. “Res corporales”, “res incorporales” e il problema del diritto soggettivo. In *Studi in anore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, Vol. 3. Napoles: Jovene.

QUIROGA LAVIE, Humberto. *Derecho Constitucional Argentino*. Rubinzal – Culzoni, Tomo I, 2001.

RICCOBONO, Salvatore. *Tracce di Diritto Romano Classico nelle collezioni giuridiche bizantine*. Parlema: Stabilimento Tipografico Virz, 1906.

- ROCHA, Ibraim. *Ação civil pública e o processo do trabalho*. São Paulo: Ltr, 1996.
- ROCHA, João Carlos de Carvalho. Ação civil pública e acesso à justice. In *Ação civil pública: 20 anos da Lei n. 7.347/85*. Belo Horizonte : Del Rey, 2006.
- RODRIGUES, Clóvis Fedrizzi. Ação civil pública : considerações gerais. *Revista Magister de Direito Imobiliário, Registral, Urbanístico e Ambiental*, v. 1, n. 5, p. 65-73, abr./maio 2006.
- ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de Direito Romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- ROQUE, Sebastião José. *Direito de Recuperação de empresas*. São Paulo: Ícone, 2005.
- SÁ, José Adonis Callou de Araújo. *Ação civil pública e controle de constitucionalidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- SALLES, Carlos Alberto de. Execução Judicial em matéria ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- SALGADO FILHO, Nilo Spinola. Ação civil pública: defesa do patrimônio e da moralidade administrativa. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, v. 86, n. 735, p. 161-172, jan. 1997.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.
- SALVADOR, Antonio Raphael Silva. *Ação civil pública - aspectos processuais*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1974, v.1.
- _____. *Primeiras Linhas do Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 1977.
- SARTI, Amir José Finocchiaro. Ação civil pública: legitimação, jurisdição e competência. *Ajuris*, v. 24, n. 69, p. 312-322, mar. 1997.

_____. Ação civil pública: questões processuais. *Revista do Tribunal Regional Federal: 4ª Região*, v. 11, n. 38, p. 155-176 2000.

SCHÄFER, Gilberto. *Ação civil pública e controle de constitucionalidade*. Porto Alegre: S.A.Fabris, 2002.

SCIALOJA, Vittorio. *Studi Giuridici*. Vol I – Direito Romano. Roma: Anonima Romana Editoriale, 1933.

SCIALOJA, Vittorio. *Procedure civile romana*. Esercizio e difesa dei diritti. Milano-Roma: Anonima Romana Editoriale, 1935.

SIDOU, José Maria Othon. *Habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data*, ação popular (as garantias ativas dos direitos coletivos). Rio de Janeiro: Forense, 5ª edição, 1998.

SILVA, José Afonso da. *Ação Popular Constitucional. Doutrina e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

SILVA, Justino Adriano Farias da. Ação civil pública : interesses individuais homogêneos. *Revista de processo*, v. 21, n. 84, p. 330-343, out./dez. 1996.

SILVA, Maria Betânia. Ação civil pública e a argüição de inconstitucionalidade de leis. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco*, nov. 1996.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Assistência litisconsorcial. *Revista de Processo*, v. 8, n. 30, p. 9-37, abr./jun. 1983.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Decisões interlocutórias e sentenças liminares. *Da Sentença Liminar à Nulidade da Sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SIMÕES, Bruna. A class action americana. Influência exercida no ordenamento brasileiro. Comparação entre os dois sistemas. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 87, abr 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9405>

SOUSA, José Augusto Garcia de. A nova Lei 11.448/07, os escopos extrajurídicos do processo e a velha legitimidade da Defensoria Pública para ações coletivas, in SOUSA, José Augusto Garcia de (coord.), *A Defensoria Pública e os Processos Coletivos: comemorando a Lei 11.448, de 15 de janeiro de 2007*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUSA, Moacir Mendes; BATISTA, Roberto Cavalcanti. A Lei da Ação Civil pública em seu 10.º aniversário – Principais problemas e propostas de aperfeiçoamento. *Revista da Procuradoria Geral da República*, n. 8, jan-jun. 1996.

SOUZA, Gleson Amaro de. Direitos difusos e coletivos - sentença - limites subjetivo e objetivo da coisa julgada. *Revista - Instituto de Pesquisas e Estudos (RIPE)*, v. 36, pp. 231:267. Bauru: ITE, dez/2002 a abril 2003.

SOUZA, Motauri Ciocchetti de. *Ação civil pública e inquérito civil*. São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Ação civil pública: competência e efeitos da coisa julgada*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

SPALDING, Alessanda Mendes. *Legitimidade ativa nas ações coletivas*. Curitiba: Juruá, 2006

STARLING, Marco Paulo Cardoso. *Ação civil pública: o direito e o processo na interpretação dos tribunais superiores : doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. Ação civil pública e ação popular. *Boletim de Direito Administrativo*, v. 12, n. 7, p. 448-453, jul. 1996.

VENTURI, Elton. *Execução da tutela coletiva*. São Paulo: Malheiros editores, 2000.

_____. *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil: perspectivas de um código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Malheiros editores, 2007.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Atlas, 1998.

_____. *Tutela jurisdicional coletiva*. São Paulo: Atlas, 1998.

_____. *Ação civil pública : lei n. 7.347/85 e legislação posterior : ação civil pública para a defesa: meio ambiente, da pessoa portadora de deficiência, da criança e do adolescente, do consumidor, do patrimônio público e combate à improbidade administrativa*. São Paulo: Atlas, 2001.

VILLEY, Michel. Le 'jus in re' du droit romain classique au droit moderne. Suivi des fragments pour un dictionnaire du langage des glossateurs. Paris: Conférences faites à l'Institut de droit romain en 1947.

TERAOKA, Thiago Massao C. Ação Civil Pública e controle de constitucionalidade : síntese doutrinária e aspectos constitucionais. *Revista jurídica do Ministério Público de Mato Grosso*, v. 3, n. 5, p. 147-160, jul./dez. 2008.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A ação civil pública. *Revista forense*, v. 82, n. 294, p. 387-388, abr./jun. 1986.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antonio. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Ltr, 1998.

TESHEINER, José Maria. Ações coletivas relativas a direitos individuais homogêneos e o Projeto de Lei nº 5.139/2009. *Revista Interesse Público*, Ano XII, 2010, nº 59.

_____. Os elementos da ação. *Ajuris*, Porto Alegre, (62): 108-35, nov. 1994.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O procedimento interdital como delineador dos novos rumos do direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, n. 97, São Paulo, 2000.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Ação civil pública. In *Ciclo de Estudos de Direito Econômico*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciência Bancária, 1993.

_____. *Class action e mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1990.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Ação civil pública: legitimação do Ministério Público. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, nova série, v. 31, n. 87, p. 53-56, jul./set. 1992.

VILAS-BOAS, Renata Malta. *Manual de Teoria Geral do Processo*. Brasília: Editora Fortium, 2005.

WACH, Adolf Eduard Ludwig Gustav. Manual de derecho procesal civil, v. 1, § 2.º, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. 1977.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Anotações sobre as ações coletivas no Brasil: presente e futuro. *Revista jurídica*, Porto Alegre, v. 58, n. 393, p. 11-26, jul. 2010.

_____. Apontamentos sobre as ações coletivas. *Revista de processo*, v. 19, n. 75, p. 273-283, jul./set. 1994.

WATANABE, Kazuo et. al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed., rev. e atual. até junho de 2001. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

WOLKER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

YEAZELL, Stephen C. *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*. New Haven: Yale University Press, 1987.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Ação civil pública: judicialização dos conflitos e redução da litigiosidade. In *A ação civil pública: após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 111-138.

ZANETI JUNIOR, Hermes. A legitimação conglobante nas ações coletivas: a substituição processual decorrente do ordenamento jurídico. *Videre*, Vol. 2, nº 3, 2010.

ZAVASCKI, Teori Albino. Ação civil pública competência para a causa e repartição de atribuições entre os órgãos do Ministério Público. Porto Alegre: *Revista jurídica*, v. 58, n. 398, p. 11-24, dez. 2010.

_____. O Ministério Público e Ação Civil Pública. *Revista* n. 114, ano 29, 1992.

_____. Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. *Revista de informação legislativa*, v.32, n.127, p.83-96, jul./set., 1995.

_____. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.