

TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS EM SENTIDO ESTRITO E INDIVIDUAIS HOMOGNEOS NO BRASIL E EM PORTUGAL

Aluisio GONÇALVES DE CASTRO MENDES*

SUMÁRIO: I. *O papel das ações coletivas.* II. *Ações coletivas no Brasil.* III. *Portugal.* IV. *Bibliografia.*

I. O PAPEL DAS AÇÕES COLETIVAS

A tutela coletiva, por certo, possui um papel e uma história no contexto sócio-jurídico. Deve-se deixar claro, também, que o processo coletivo, embora esteja voltado para o rompimento das amarras e limitações impostas pelas normas tradicionais do processo individual, não veio para suplantar as demandas singulares, mas, sim, para propiciar, em linhas gerais, quatro objetivos centrais: o acesso à justiça, economia judicial e processual, a garantia do princípio da igualdade e da segurança jurídica e o equilíbrio das partes no processo.

A perspectiva de incremento do acesso à Justiça¹ e da existência de processos menos formalistas, mais simples, céleres e eficazes, pode-se dizer, está presente em todo o mundo, seja nas discussões relacionadas com os projetos de reforma do Poder Ju-

* Especialista em direito processual pela Universidade de Brasília; doutor em direito pela Universidade Federal do Paraná; professor-doutor na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

1 Veja *Acesso à Justiça*, Cappelletti, Mauro; *Ações coletivas no direito comparado e nacional*, Gonçalves de Castro Mendes, Aluisio.

56 ACCIONES PARA LA TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS

diciário, como ocorreu na Argentina.² E se apresenta no Brasil, sentido a proposta de emenda à Constituição n. 96-A/92, em tramitação. A principal medida apresentada na proposta de reforma do Poder Judiciário brasileiro é a de criação da súmula vinculante do Supremo Tribunal Federal, que, embora possa produzir a uniformização de julgados, não possui a capacidade de propiciar uma drástica redução do número de processos, pois, normalmente, os feitos demoram certo tempo até serem apreciados pela Corte Suprema. Assim sendo, nos casos em que houvesse elevado número de ações propostas, quando fosse editada a súmula, as instâncias inferiores já teriam recebido, processado e julgado uma grande quantidade de processos, sendo o resultado, portanto, apenas paliativo em termos de redução do contingente de feitos. seja nos debates acerca de modificações propostas para o Direito processual, como *v. g.* na Alemanha.³

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

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

² Zaffaroni, Eugênio Raúl, “Poder Judiciário: crise, acertos e desacertos”, trad. Juarez Tavares, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1995.

³ Como constou da proposta do *Bundesministerium der Justiz* (Ministério da Justiça) para a reforma da *Zivilprozeßordnung* alemã.

rídicas e conseqüente aumento do número de acionistas e dos danos ambientais causados. Multiplicam-se, portanto, as lesões sofridas pelas pessoas, seja na qualidade de consumidores, contribuintes, aposentados, servidores públicos, trabalhadores, moradores edécetera, decorrentes de circunstâncias de fato ou relações jurídicas comuns.

1. As ações coletivas e o acesso à justiça

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

Dentro da idéia custo-benefício, a questão pode ser enfrentada sob duas vertentes. Em primeiro lugar, estão os lesados que dispõem de recursos para o pagamento das despesas processuais, mas estas representariam valor aproximadamente igual ou superior ao próprio benefício pretendido. Junte-se a isso que a pretensão, sob o prisma da renda e do padrão de vida da pessoa atingida, terá um valor patrimonial irrisório, não compensando sequer

58 ACCIONES PARA LA TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS

a utilização de tempo e esforços, que, se quantificados, significariam montante acima da pretensão almejada. Sob prisma relativamente diverso, encontram-se as pessoas desprovidas dos meios necessários para o pagamento de custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios. Embora possam gozar de isenção legal no que diz respeito a essas verbas, os gastos com tempo e dinheiro, necessários para o encaminhamento do problema, seriam excessivos, na medida em que os dias e as horas são absorvidos na labuta, indispensável para a subsistência própria e/ou da família.

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

Com a cumulação de demandas, a situação tende a ser alterada, tendo em vista que o próprio valor patrimonial da causa, que individualmente seria mínimo, passa a ser de grande relevância, chegando, por vezes, a importâncias astronômicas, o que, *per se*, já pode ser suficiente para ensejar o interesse de bons profissionais para a causa, além de recursos necessários para a propositura e colheita de provas. As ações coletivas, se bem estruturadas, podem ser, portanto, um efetivo instrumento para o aperfeiçoamento do acesso à justiça, eliminando os entraves relacionados com os custos processuais e o desequilíbrio entre as partes. Como se verá adiante, entretanto, o potencial econômico para a atuação processual dependerá do sistema adotado, em termos de legitimação, e da estruturação local dos substitutos processuais. Assim, por exemplo, são investidas nas causas coletivas vultosas somas

de dinheiro nos escritórios de advocacia norte-americanos; na Alemanha, há partidos, sindicatos e associações que dispõem de forte estrutura, inclusive econômica, para prover a contratação de profissionais e os meios de prova necessários, situação essa que não se encontra, ainda, devidamente resolvida no sistema brasileiro.

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

Por fim, o problema da falta de formação e informação jurídica ainda representa sério entrave para o acesso à Justiça. O processo coletivo pode, no entanto, superar ou atenuar o problema, na medida em que o direito das pessoas menos esclarecidas juridicamente não ficará relegado ao abandono, porque poderá ser defendido por terceiro, legitimado extraordinariamente para a tutela transindividual. Para tanto, a definição do sistema de vinculação dos interessados ao processo coletivo é de grande importância. Em termos de direitos individuais homogêneos, se as pessoas precisam, de alguma forma, manifestar a vontade de estar sob os efeitos da decisão coletiva, método denominado de inclusão (*opt-in*), a tendência será, por certo, a menor abrangência e alcance da tutela coletiva, pois a iniciativa dos interessados poderá continuar a esbarrar em fatores culturais, políticos, sociais e econômicos. Tratando-se, entretanto, do sistema de exclusão (*opt-out*), estarão os interessados automaticamente atrelados à decisão coletiva, se não houver a manifestação, dentro do prazo legalmente fixado ou assinado pelo juiz, da vontade de serem excluídos do processo supra-individual. A iniciativa quanto à propositura da ação, bem como da eventual necessidade de comunicação aos lesados, informando sobre o litígio, proposta de acordo ed-cétera, ficarão sob a responsabilidade do demandante coletivo, também chamado de autor ideológico ou parte representativa.

60 ACCIONES PARA LA TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS

2. *As ações coletivas como medida de economia judicial e processual*

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

A questão não deixa de ser, também, lógica, pois, *a priori*, os conflitos eminentemente singulares devem ser resolvidos individualmente, enquanto que os litígios de natureza coletiva precisam contar com a possibilidade de solução metaindividual. A inexistência ou o funcionamento deficiente do processo coletivo dentro do ordenamento jurídico, nos dias de hoje, dá causa à multiplicação desnecessária do número de ações distribuídas, agravando ainda mais a sobrecarga do Poder Judiciário. Na verdade, são lides que guardam enorme semelhança, pois decorrem de questão comum de fato ou de direito, passando a ser decididas de modo mecânico pelos juízes, através do que se convencionou chamar de sentenças padrões ou repetitivas, vulgarizando-se a nobre função de julgar. É o que vem ocorrendo, *verbi gratia*, na Justiça Federal brasileira. Nas circunscrições do Rio de Janeiro e de Niterói,⁴ por exemplo, as sentenças padrões representaram, no cômputo do total de sentenças cíveis de mérito dos últimos quatro anos e sete meses, respectivamente, 62,5% e 73%. A atividade judicial descaracteriza-se, com essa prática, por completo, passando a ser exercida e vista como mera repetição burocrática, desprovida de significado e importância.

⁴ Segundo boletim estatístico fornecido pelo Setor de Organização e Informática da Seção Judiciária do Estado do Rio de Janeiro.

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

A falta de solução adequada para os conflitos coletivos, em sentido lato, é responsável, portanto, em grande parte, pelo problema crônico do número excessivo de processos em todas as instâncias. Por outro lado, costuma-se enfatizar, diante do problema, a necessidade de mais juízes. Não obstante a carência de julgadores ser realidade que demande solução, a comparação do número de processos com o de juízes não deve ser analisada apenas sob o prisma da quantidade de juízes. O aumento do número de juízes pode e deve ser acompanhado da diminuição do número de processos, mediante o aperfeiçoamento do sistema das ações coletivas.

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

De fato, a explosão do contencioso civil deixou de ser uma tendência, para se consubstanciar em realidade mundial, embora com peculiaridades nacionais. No Brasil e nos países da América Latina, o incremento do número de ações ajuizadas passou a ser

62 ACCIONES PARA LA TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS

extremamente significativo a partir do final da década de 80, com a democratização dos regimes políticos e o fortalecimento dos órgãos judiciários. No âmbito global, o aumento do número de processos judiciais cíveis pode ser considerado como resultado da chamada onda renovatória do acesso à Justiça,⁵ tendo em vista que várias medidas foram adotadas para facilitar o exercício do direito de ação, removendo ou atenuando várias barreiras existentes.

Dante da explosão de litígios, outras soluções foram ensaiadas ou incrementadas. Algumas de cunho restritivo, no âmbito material ou processual, com o não reconhecimento de novos direitos ou a limitação do direito de ação, como formulado pela teoria norte-americana da *judicial restraint*.⁶ Ou, então, buscando-se a criação e/ou fortalecimento de mecanismos extrajudiciais ou não contenciosos para a resolução dos conflitos, como *v. g.* a arbitragem e a conciliação.

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

Com a multiplicação de ações individuais, que tramitam perante diversos órgãos judiciais, por vezes espalhados por todo o território nacional, e diante da ausência, nos países da *civil law*, do sistema vinculativo de precedentes (*stare decisis*), os juízes chegam, com freqüência, a conclusões e decisões variadas e até mesmo antagônicas. Não raramente essas decisões de variado teor acabam por transitar em julgado, diante da não interposição tempestiva de recurso cabível ou pelo não conhecimento deste em razão de outra causa de inadmissibilidade.

Por conseguinte, pessoas em situações fáticas absolutamente idênticas, sob o ponto de vista do direito material, recebem tratamento diferenciado diante da lei, decorrente tão-somente da rela-

5 Cappelletti, Mauro, *Acesso à justiça*, trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1988.

6 Giussani, Andrea, *Studi sulle “class actions”*, Milão, CEDAM, 1996, p. 199.

ção processual. O direito processual passa a ter, assim, caráter determinante e não apenas instrumental. E, sob o prisma do direito substancial, a desigualdade diante da lei torna-se fato rotineiro e não apenas esporádico, consubstanciando, portanto, ameaça ao princípio da isonomia.

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

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

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

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

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

64 ACCIONES PARA LA TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS

II. AÇÕES COLETIVAS NO BRASIL

1. *Evolução histórica*

O desenvolvimento da defesa judicial dos interesses coletivos, no Brasil, passa, numa primeira etapa, pelo surgimento de leis extravagantes e dispersas, que previam a possibilidade de certas entidades e organizações ajuizarem, em nome próprio, ações para a defesa de direitos coletivos ou individuais alheios. Nesse sentido, foi editada, em 1950, a Lei n. 1.134, estatuindo que:

as associações de classe existentes na data da publicação desta lei, sem nenhum caráter político, fundada nos termos do Código Civil e enquadradas nos dispositivos constitucionais, que congreguem funcionários ou empregados de empresas industriais da União, administradas ou não por elas, dos Estados, dos Municípios e das entidades autárquicas, de modo geral, é facultada a representação coletiva ou individual de seus associados, perante as autoridades administrativas e a justiça ordinária.

Da mesma forma, o antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei n. 4.215, de 1963, estabelecia, no artigo 10., parágrafo único, que “cabe à Ordem representar, em juízo e fora dele, os interesses gerais da classe dos advogados e os individuais, relacionados com o exercício da profissão.”

Por outro lado, a Constituição da República de 1934 dispôs, no artigo 113, que “qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos do patrimônio da União, dos Estados e dos Municípios”. Era a chamada “ação popular”, que, em seguida, seria suprimida pela Carta de 1937, mas reintroduzida em 1946, para se manter, a partir de então, em todas as Constituições, até os dias de hoje. Todavia, a ação popular ganhou amplitude significativamente maior apenas com a sua regulamentação, que veio a ocorrer em 1965, com a edição da Lei n. 4.717, de 29 de junho. A dilatação da abran-

gência, embora tenha se manifestado também em relação à esfera das pessoas protegidas, atingiu, principalmente, o conceito de patrimônio que, nos termos do artigo 1, § 1, da Lei da Ação Popular, passou a compreender “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético ou histórico”.

Ao tempo da inovação promovida pela ação popular, em 1965, não havia a doutrina, entretanto, voltado categoricamente, até aquele momento, as suas atenções para o estudo dos interesses coletivos e da sua proteção judicial. Como lembra Ada Pellegrini Grinover,⁷ foi “Barbosa Moreira o primeiro a dar à ação popular constitucional esse enfoque”. A verve do legendário mestre, José Carlos Barbosa Moreira, foi marcante para o desenvolvimento da consciência e da problemática relacionada com a questão dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, reconhecida mais tarde no artigo 81, do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90).

Na década de 1980, os novos tempos de redemocratização no Brasil animavam as propostas de participação popular, de preocupação com o meio ambiente e de fortalecimento e surgimento de novos direitos. O Ministério Público no Brasil começa a assumir nova postura diante da sociedade, chamando para si outras responsabilidades, para além da tradicional persecução penal e proteção dos incapazes. São aprovadas, em 1981, a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente⁸ e a Lei Orgânica do Ministério Público,⁹ prevendo a legitimidade do Parquet, respectivamente, para a propositura de ação de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente e para promover a ação civil pública, nos termos da lei.¹⁰

Em seguida, é editada a chamada Lei da Ação Civil Pública, n. 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplinava a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambien-

⁷ Pellegrini Grinover, Ada, “A tutela jurisdiccional dos interesses difusos”, *Revista Brasileira de Direito Processual*, núm. 16, 1978, p. 26.

⁸ Lei n. 6.938, de 31.8.1981.

⁹ Lei Complementar n. 40, de 13.12.1981.

¹⁰ O termo era pela primeira vez utilizado, no artigo 3, inciso III, da Lei Complementar n. 40/81, mas somente depois viria a ter os seus contornos realmente definidos.

66 ACCIONES PARA LA TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS

te, ao consumidor e a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Com fulcro no artigo 5, a ação civil pública principal ou cautelar poderia ser proposta pelo Ministério Público, pela União, pelos estados e municípios, bem como por empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação constituída há pelo menos um ano e que incluísse, entre as suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor e ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico ou paisagístico. Exigiu-se a atuação do Ministério Público, quando este não fosse o próprio autor, na condição de fiscal da lei, bem como assunção da titularidade, quando houvesse desistência ou abandono da causa.

Três anos depois, ocorre o coroamento da redemocratização no Brasil, com a promulgação da Constituição da República, em 1988. A nova Carta Magna, traduzindo os valores sociais, ínsitos no documento, dedicou nítida relevância para a proteção jurisdicional dos interesses coletivos. A nova Constituição trouxe, basicamente, dois dispositivos prevendo em geral a tutela coletiva, independendo, portanto, da espécie de ação. No artigo 5, inciso XXI, a legitimidade é conferida às entidades associativas, quando expressamente autorizadas, para representar seus filiados, judicial ou extrajudicialmente. O artigo 8, por sua vez, dentro de arcabouço semelhante, estatui que cabe ao sindicato a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.

De modo mais específico, foram mantidas, elevadas ou criadas, respectivamente, em patamar constitucional, as ações populares, nos termos do artigo 5, inciso LXXIII, as ações civis públicas, conforme artigo 129, III, e as ações de mandado de segurança coletivo, objeto do artigo 5, LXIX. Em relação à ação popular, a ampliação do objeto, já consagrada na legislação ordinária, foi incorporada no texto constitucional, ao ser reconhecido o direito de qualquer cidadão para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao pa-

trimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus de sucumbência.

Por fim, determinou o artigo 48, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que o Congresso Nacional, no prazo de cento e vinte dias, contados da promulgação da Constituição, elaborasse código de defesa do consumidor. Prazo esse que não foi cumprido.

A preocupação com o fortalecimento dos órgãos, entidades e projetos voltados para a proteção do meio ambiente manifesta-se, posteriormente, com a edição da Lei n. 7.797, de 10.7.89, criando o Fundo Nacional de Meio Ambiente.

Pouco tempo depois, em 24.10.89, era promulgada a Lei n. 7.853, disposta sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, inclusive no âmbito da tutela jurisdicional dos respectivos interesses coletivos e difusos. No artigo 3, atribui-se ao Ministério Público, à União, aos estados, municípios e Distrito Federal, bem como às associações constituídas há mais de um ano, às autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista, que incluam, entre as suas finalidades institucionais, a proteção das pessoas portadoras de deficiência, a legitimação para a propositura de ações civis públicas destinadas à proteção de interesses coletivos ou difusos das pessoas deficientes.

Em seguida, é editada a Lei n. 7.913, de 7.12.89, reconhecendo ao Ministério Público a possibilidade de ajuizamento de ação civil pública para evitar prejuízos ou obter resarcimento de danos causados aos titulares de valores mobiliários e aos investidores do mercado, sem prejuízo da ação de indenização do prejudicado.

No ano seguinte, a preocupação com a proteção judicial aos interesses individuais homogêneos, difusos e coletivos da criança e do adolescente manifesta-se em diversos dispositivos contidos no capítulo VII, da Lei n. 8.069, de 13.7.90. Nos termos do artigo 210, são considerados, novamente, legitimados para os respectivos interesses coletivos ou difusos, o Ministério Público, a União, os estados, os municípios, o Distrito Federal e os Territó-

68 ACCIONES PARA LA TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS

rios, as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos na lei, dispensando-se a autorização da assembléia, se houver prévia autorização estatutária.

Em 12 de setembro de 1990, finalmente é publicada a Lei n. 8.078, estabelecendo o chamado Código de Defesa do Consumidor, que entrou em vigor no dia 11.3.91. O Código de Defesa do Consumidor passou a representar o modelo estrutural para as ações coletivas no Brasil, na medida em que encontra aplicabilidade não apenas para os processos relacionados com a proteção do consumidor em juízo, mas, também, em geral, para a defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, por determinação expressa do artigo 21, da Lei n. 7.347/85, acrescentado em razão do artigo 117, da Lei n. 8.078/90. Regulou, assim, o Código do Consumidor, os aspectos mais importantes da tutela jurisdicional coletiva, desde a problemática da competência e da legitimação até a da execução, passando pela coisa julgada e os seus efeitos, além da questão da litispendência e das, não menos importantes, definições conceituais pertinentes aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Em 1993, foram promulgadas as Leis n. 8.625, de 12 de fevereiro, e Complementar n. 75, de 20.5, relacionadas com a organização do Ministério Público, no âmbito dos estados e da União, respectivamente, que procuraram disciplinar, dentre outras matérias, as funções do Ministério Público, inclusive no que diz respeito às ações civis públicas.¹¹

A Lei n. 8.884 (Lei Antitruste), de 11.6.94, acrescentou o inciso V, ao artigo 1, da Lei n. 7.347/85, reconhecendo expressamente o cabimento de ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados por infração da ordem econômica e da economia popular.

O caminho legislativo percorrido não foi, entretanto, apenas de avanços. Em determinados momentos, a tutela jurisdicional

¹¹ Vide, especialmente, os artigo 25, da Lei n. 8.625/93, e 6, da Lei Complementar n. 75/93.

coletiva sofreu, em conjunto ou isoladamente, reveses, ressaltando-se as restrições impostas às ações coletivas instauradas contra atos do Poder Público e o ensaio de atomização, manifestando-se este último na tentativa de se confinar os efeitos do julgado nos limites da competência territorial do órgão prolator da sentença. Foram editadas, assim, as Leis n. 8.437, de 30.6.92, estabelecendo a necessidade prévia de audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, para a apreciação de requerimento de liminar no mandado de segurança coletivo e na ação civil pública;¹² e n. 9.494, de 10.9.97, a fim de conter os efeitos da coisa julgada, como supramencionado, estatuindo, para tanto, nova redação para o artigo 16, da Lei n. 7.347/85.

No final do ano de 1999, aprovou-se a Lei n. 9.870, de 23 de novembro, dispondo sobre o estabelecimento do valor das anuidades escolares e prevendo, com fulcro no artigo 7, que se encontram:

legitimados à propositura das ações previstas na Lei n. 8.078, de 1990, para a defesa dos direitos assegurados por esta lei e pela legislação vigente, as associações de alunos, de pais de alunos e responsáveis, sendo indispensável, em qualquer caso o apoio de, pelo menos, vinte por cento dos pais de alunos do estabelecimento de ensino ou dos alunos, no caso de ensino superior.

Por fim, há que se constatar que as ações coletivas continuam sendo tratadas apenas por leis extravagantes, enquanto que o Código de Processo Civil praticamente nada regula sobre o assunto, salvo a previsão genérica de legitimação, contida no artigo 6. O direito processual civil brasileiro precisa, assim, incorporar ao seu principal texto legislativo as conquistas já realizadas, consignando, as normas pertinentes ao processo coletivo.

12 Artigo 2.

70 ACCIONES PARA LA TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS

2. A definição brasileira de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos

A. A definição dos conceitos por lei

O § único, do artigo 81, do Código de Defesa do Consumidor, estabeleceu que a defesa coletiva será exercida quando se tratar de interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Havia, até então, manifesta imprecisão em torno dos denominados interesses difusos e coletivos. “Expressões essas que durante muito tempo foram usadas, e não apenas no Brasil, em forma, por assim dizer, promiscua, isto é, sem a preocupação de uma distinção nítida entre os dois conceitos”, como afirma José Carlos Barbosa Moreira.¹³ A proposição legislativa não logrou apagar todas as dificuldades teóricas e práticas, mas, ao menos, assentou a discussão em torno de três categorias, dando-lhes definição legal que, por sinal, já vinha sendo sinalizada pela doutrina.¹⁴

B. Interesses difusos e coletivos (*stricto sensu*): interesses essencialmente coletivos (*lato sensu*)

Os inciso I, do parágrafo único, do artigo 81, do Código de Defesa do Consumidor estabeleceu a definição dos “interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

Por sua vez, o inciso II, do dispositivo supramencionado, estatuiu que “os interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de

13 Barbosa Moreira, José Carlos, “Ação civil pública”, *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, núm. 3, 1993, p. 188.

14 Barbosa Moreira, José Carlos, “A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdiccional dos chamados interesses difusos”, *Temas de Direito Procesual*, São Paulo, primera serie, 1988.

que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

Os incisos I e II, do artigo 81, da Lei n. 8.078/90, disciplinam, assim, os conceitos de interesses ou direitos difusos e coletivos a partir dos elementos subjetivo e objetivo.

O primeiro aspecto, subjetivo, diz respeito à transindividualidade, ou seja, está além do indivíduo, no sentido de que não lhe pertence com exclusividade, mas, sim, a uma pluralidade de pessoas, que poderão, conforme sejam os interesses e direitos difusos ou coletivos, ser, respectivamente, indeterminadas ou determinadas, bem como ligadas por circunstâncias de fato ou por uma relação jurídica base. Há, portanto, identidade quanto à transindividualidade, mas distinção no que diz respeito à determinação e à natureza do vínculo ou relação entre os interessados.

O segundo elemento, objetivo, é centralmente caracterizado pela indivisibilidade do interesse ou direito. A impossibilidade de separação não está afeta ao elemento subjetivo, na medida em que não se exige vínculo direto e precedente entre as pessoas afetadas, até porque a presença de relação jurídica entre as mesmas não existirá no caso dos interesses ou direitos difusos. Por outro lado, o vínculo de direito entre os interessados não constitui condição *sine qua non* para a caracterização do interesse ou direito como coletivo, em sentido estrito, na medida em que a relação pode ser, tão-somente, com a parte contrária, nos termos da parte final do inciso II, do artigo 81. Conseqüentemente, a indivisibilidade figura como qualidade do objeto que se quer buscar para a realização das necessidades, pertinentes à coletividade, ao grupo, categoria ou classe. Em termos processuais, a indivisibilidade deve ser apreciada a partir da pretensão deduzida, ou seja, dos objetos imediato e mediato do pedido formulado.

a. O caráter essencialmente coletivo: unitariedade

No Brasil, o caráter essencialmente coletivo de uma demanda está relacionado com a indivisibilidade do objeto, situação esta

72 ACCIONES PARA LA TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS

que, se constatada, implicará no tratamento unitário, ou seja, não comportando soluções diversas para os interessados, tal qual ocorre, em situação análoga, com o litisconsórcio unitário.

José Carlos Barbosa Moreira leciona que do:

ponto de vista objetivo, esses litígios a que eu chamei de essencialmente coletivos distinguem-se porque o seu objetivo é indivisível. Não se trata de uma justaposição de litígios menores, que se reúnem para formar um litígio maior. Não. O seu objeto é por natureza indivisível, como acontece, por exemplo, em matéria de proteção do meio ambiente, em matéria de defesa da flora e da fauna, em matéria de tutela dos interesses na preservação do patrimônio histórico, artístico, cultural, espiritual da sociedade; e como acontece também, numerosas vezes, no terreno da proteção do consumidor, por exemplo, quando se trata de proibir a venda, a exploração de um produto considerado perigoso ou nocivo à saúde. Não se está focalizando, nessa perspectiva, o problema isolado de cada pessoa, e sim algo que necessariamente assume dimensão coletiva e incindível, do que resulta uma consequência muito importante, que tem, inclusive, reflexos notáveis sobre a disciplina processual a ser adotada. Em que consiste esta consequência? Consiste em que é impossível satisfazer o direito ou o interesse de um dos membros da coletividade, e vice-versa: não é possível rejeitar a proteção sem que essa rejeição afete necessariamente a coletividade como tal. Se quiserem um exemplo, podemos mencionar o caso de um litígio que se forme a propósito de uma mutilação da paisagem. É impensável que a solução seja ela qual for, aproveite a alguns e não aproveite a outros dos membros dessa coletividade. A solução será, por natureza, unitária, incindível. Ou a paisagem é protegida, é preservada, e todos os interessados são juridicamente satisfeitos, ou a paisagem não é preservada, e nenhum dos interessados na sua preservação terá satisfação jurídica.¹⁵

A impossibilidade de decomposição do interesse ou direito em partes singulares pode ser material ou jurídica e deve ser ana-

¹⁵ Barbosa Moreira, José Carlos, “Ações coletivas na Constituição Federal de 1988”, *Revista de Processo*, São Paulo, núm. 61, janeiro-março de 1991, p. 188.

lisada sob o prisma dos objetos imediato e mediato do pedido formulado. Os exemplos normalmente indicados para os casos de litisconsórcio unitário podem contribuir para a percepção do problema. Assim, o vínculo patrimonial não pode receber tratamento diferenciado para fins da sua existência, validade ou manutenção, em relação aos cônjuges. Por conseguinte, exige solução uniforme para o marido e para a mulher o pedido de nulidade ou anulação do casamento, bem como o requerimento de separação ou divórcio. Do contrário, situações juridicamente teratológicas poderiam advir do reconhecimento do casamento para apenas um dos cônjuges. Da mesma forma, a assembléia de acionistas será válida ou inválida para todos, embora resultado diverso possa ser possível no âmbito da eficácia.

Na esfera dos interesses ou direitos essencialmente coletivos, inúmeros exemplos podem ser, da mesma forma, apresentados. Assim, *verbi gratia*, se o Ministério Público pleiteia a limitação de horário para a realização de cultos por determinada instituição religiosa, tendo em vista a poluição sonora produzida, que atinge toda a coletividade. Naturalmente, a solução pretendida, ou seja, a cessação do barulho fora dos horários permitidos, ou ainda que durante todo o tempo, não poderia ser fracionada, pois, do contrário, haveria incompatibilidade lógica e material absoluta. Da mesma forma, quando se pretende a realização de uma conduta positiva ou negativa geral, ou seja, que não seja possível de ser praticada apenas em relação a determinados indivíduos, como a instalação de material antipoluentes numa fábrica, a vedação de propaganda enganosa, a construção ou não de uma estrada ou de um ginásio esportivo, o funcionamento de uma usina nuclear, a interdição de estabelecimento de educação, saúde ou entretenimento, a proibição de veiculação de determinada programação em canal aberto de televisão ou rádio, a preservação de monumento histórico ou artístico.¹⁶

16 Como decidiu o TRF-1^a Região, relatora juíza Selene Maria de Almeida, Agravo de instrumento n. 2001.010.00.12908-8, dju, p. 05-06-2001, p. 733: “ADMINISTRATIVO. INTERESSES DIFUSOS REFERENTES AO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL. OBRA DE DEMOLIÇÃO DE PARTE DA FERROVIA CENTRO ATLÂNTICA S/A NA ESTAÇÃO FERROVIRIA DE CACHOEIRA-BA. DANO

74 ACCIONES PARA LA TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS

Os casos de indivisibilidade e, portanto, de interesses difusos e coletivos, de acordo com os critérios fixados na lei brasileira, são numericamente reduzidos, se comparados com os relacionados aos direitos individuais homogêneos.

A falta de clareza e os equívocos cometidos em torno da correta caracterização dos fatos vêm propiciando confusão na doutrina e na jurisprudência. Não são raros, portanto, os acontecimentos, em que se manifestam pretensões absolutamente possíveis de fracionamento, mas que recebem a qualificação errônea de interesses difusos ou coletivos. Interessante notar que, normalmente, essas incompreensões se fazem acompanhar da exaltação de outros elementos, que também são necessários para a respectiva designação, como a pluralidade de interessados, a existência ou inexistência de relação jurídica base e o pedido comum, mas que não são suficientes para a caracterização do interesse como difuso ou coletivo. Ressalte-se, aqui, que a simples formulação de pedido(s) comum(ns) não significa, indicativa ou peremptoriamente, que não haja a possibilidade de fracionamento da solução.

O exemplo mais notório diz respeito aos pedidos de limitação dos reajustes de mensalidade ou formulações semelhantes, fixação de valor total de anuidade ed-cétera. Embora possa ser apresentado, pela respectiva associação de pais e/de alunos, um pedi-

AO PATRIMÔNIO HISTÓRICO E CULTURAL DO PAÍS. DANO AO MEIO AMBIENTE. AMEAÇA DA ESTABILIDADE E CONSERVAÇÃO DE PRÉDIO TOMBADO PELO TRÁFEGO DE TRENS NO INTERIOR DA ESTAÇÃO ESCOAMENTO DE PRODUTOS PETROQUÍMICOS ATRAVÉS DE CENTRO URBANO. 1. Tombado o conjunto arquitetônico e paisagístico da cidade de Cachoeira, sujeita-se a regime especial de proteção de sorte que alterações nos seus imóveis dependem de autorização prévia do IPHAN (Decreto-Lei 25 de 30.11.37, artigos 17 e 18). 2. A passagem de trens no interior da velha estação ferroviária tombada, ameaça sua estabilidade e conservação, em virtude do aumento das vibrações e dos gases. 3. Sendo a linha férrea o principal caminho para escoar os produtos petroquímicos (paraxileno, octanol, combustíveis e outras mercadorias perigosas), coloca-se em risco a saúde das pessoas que residem nas suas proximidades. 4. Demonstrado que o projeto de demolição de parte da estação ferroviária tombada não traz nenhuma vantagem para a cidade de Cachoeira, a obra é, em princípio, solução que atende aos interesses da empresa, em detrimento da qualidade de vida dos habitantes. 5. Agravo improvido”.

do comum, cada aluno ou responsável estará obrigado em relação à sua mensalidade ou anuidade, nada impedindo, sob o prisma lógico ou jurídico, que sejam estabelecidas alterações ou valores diferenciados, a partir de critérios como antiguidade, série ou período, número de irmãos matriculados no mesmo estabelecimento, situação econômica familiar, condição de atleta ou notas obtidas ed-cétera. Da mesma forma, quando estiver em jogo pedido relacionado à matrícula de alunos.¹⁷

Em ambos os casos, nada impediria, por exemplo, que um aluno, isoladamente, ou até mesmo um grupo de estudantes, em litisconsórcio, pleiteasse judicialmente a não incidência do reajuste ou o direito à matrícula, sendo perfeitamente cabível o julgamento de procedência do pedido, que produziria, obviamente, efeitos limitados às partes. Falta, como se vê, aquela característica básica da incindibilidade, segundo a qual, nas palavras de Teori Albino Zavascki,¹⁸ os interessados “não podem ser satisfeitos nem lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares”. Trata-se, portanto, de interesse divisível, razão pela qual não pode ser considerado como difuso ou coletivo stricto sensu. Mais uma vez, cabe menção às palavras de José Carlos Barbosa Moreira,¹⁹ proferidas em 1980, tecendo comentários ao que se enquadraria, hoje, dentro da categoria dos interesses difusos, explicando o conceito de indivisibilidade:

Em muitos casos, o interesse em jogo, comum a uma pluralidade indeterminada (e praticamente indeterminável) de pessoas, não comporta decomposição num feixe de interesses individuais que

17 Como decidiu a 1a. Turma do STJ, no RESP 240033/CE, *DJU*, 18-09-2000, p. 102, relator ministro José Delgado: “PROCESUAL CIVIL. INTERESSES COLETIVOS. CONCEITUAÇÃO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. 1. Não ingressa no rol dos denominados interesses difusos e coletivos o do aluno de ensino superior público pretender ingresso em dois cursos na mesma Universidade. 2. Tal tipo de interesse, além de não ser social, atua de forma isolada e por conveniência pessoal do indivíduo, pelo que não tem características de transindividualidade e indivisibilidade. 3. Illegitimidade bem reconhecida pelo acórdão recorrido. 4. Recurso improvido”.

18 *Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos*, p. 149.

19 *Tutela jurisdiccional dos intereses coletivos ou difusos*, pp. 195 y 196.

76 ACCIONES PARA LA TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS

se justapusessem como entidades singulares, embora análogas. Há, por assim dizer, uma comunhão indivisível de que participam todos os possíveis interessados, sem que se possa discernir, sequer idealmente, onde acaba a ‘quota’ de um e onde começa a de outro. Por isso mesmo, instaura-se entre os destinos dos interessados tão firme união, que a satisfação de um só implica de modo necessário a satisfação de todos; e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade.

Por exemplo: teme-se que a realização de obra pública venha a causar danos à flora e à fauna da região, ou acarrete a destruição de monumento histórico ou artístico. A possibilidade de tutela do “interesse coletivo” na preservação dos bens em perigo, caso exista, necessariamente se fará sentir de modo uniforme com relação à totalidade dos interessados. Com efeito, não se concebe que o resultado será favorável a alguns e desfavorável a outros. Ou se preserva o bem, e todos os interessados são vitoriosos; ou não se preserva, e todos saem vencidos. Designaremos essa categoria pela expressão “interesses essencialmente coletivos”.

No entanto, parte da doutrina e os tribunais vêm interpretando de modo extremamente largo a indivisibilidade prevista no artigo 81, incisos I e II, do Código de Defesa do Consumidor. Segundo esse entendimento, quando o pedido fosse formulado no sentido de um provimento jurisdicional comum, estaria cumprido o requisito. Nesse sentido, os pedidos concernentes aos aumentos de mensalidade têm sido vistos, por alguns doutrinadores²⁰ e tri-

20 Watanabe, Kazuo, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, p. 724, aponta o critério de aumento das mensalidades, como exemplo de pedido indivisível: “O mesmo se pode dizer em relação à demanda coletiva ajuizada por Associação de Pais de Alunos contra uma ou várias escolas. Desde que objetive ela um provimento jurisdicional comum a todos que tutele, de modo uniforme, o interesse ou direito indivisível de todos alunos, por exemplo, o critério para a atualização das mensalidades, a coisa julgada, se favorável à Associação, beneficiará todos, inclusive os alunos que não estejam a ela filiados. Estamos diante de uma ação coletiva para a tutela de interesses ou direitos coletivos, de natureza indivisível. Porém, se o que se pretende é a devolução das quantias pagas a mais pelos alunos, a demanda coletiva será para a tutela de interesses ou direitos individuais homogêneos, e não de interesses ou direitos coletivos.” Todavia, utilizou-se de argumento relacionado à eficácia *erga omnes* da sentença para justificar a indivisibilidade. Entretanto a eficácia geral também se faz presente, se procedente

bunais,²¹ como de natureza indivisível. Pode-se perceber, no entanto, que a discussão em torno da indivisibilidade não tem sido aprofundada nos julgamentos, predominando ainda a imprecisão de conceitos²² Por conseguinte, os debates forenses são conduzidos

o pedido, quando em jogo os interesses ou direitos individuais homogêneos, nos termos do artigo 103, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor.

21 É o que deflui do julgado da 2o. Turma do Supremo Tribunal Federal, proferido no Recurso Extraordinário n. 190976, DJU, 06-02-98, p. 35, relatado pelo ministro Ilmar Galvão, com a seguinte ementa: “MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. LEGITIMIDADE PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS E COLETIVOS. MENSALIDADES ESCOLARES. ADEQUAÇÃO S NORMAS DE REAJUSTE FIXADAS PELO CONSELHO ESTADUAL DE EDUCAÇÃO. ARTIGO 129, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária do dia 26 de fevereiro de 1997, no julgamento do RE 163.231-3, de que foi relator o eminente ministro Maurício Corrêa, concluiu pela legitimidade ativa do Ministério Público para promover ação civil pública com vistas à defesa dos interesses coletivos. Recurso extraordinário conhecido e provido”.

Na mesma direção, decidiu a 4a. turma do Superior Tribunal de Justiça, no RESP 43585/MG, DJU, 05-03-2001, p. 164, relator ministro Aldir Passarinho Junior: “PROCESUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AUMENTO DE MENSALIDADE ESCOLAR. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. I. Pacifica na jurisprudência desta Corte a orientação de que o Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa de interesses coletivos, visando a coibir aumento abusivo de mensalidade escolar (artigo 81, II, da CDC). II. Precedente da Corte Especial: EREsp n. 65.836/MG, relator ministro Paulo Costa Leite, DJ de 22/11/99. III. Recurso conhecido e provido”.

22 Nesse sentido, vide a seguinte ementa: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E HOMOGÊNEOS. MENSALIDADES ESCOLARES: CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO PARQUET PARA DISCUTI-LAS EM JUÍZO.

1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, artigo 127). 2. Por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (CF, artigo 129, I e III). 3. Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. 3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos. 4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (artigo 81, III, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos. 4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, stricto sensu, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isolada-

78 ACCIONES PARA LA TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS

para a problemática da legitimação, principalmente em torno do Ministério Público, sem que se faça, de modo prévio e seguro, a determinação da espécie de interesse pluriindividual que se encontra sub judice.

b. Os aspectos distintivos entre interesses difusos e coletivos: determinação das pessoas e existência de vínculo

Constatada a transindividualidade e a natureza indivisível do objeto, estar-se-á diante de interesses essencialmente coletivos, mas que poderão ser classificados como difusos ou coletivos em sentido estrito.

A correta distinção se faz necessária e é importante, na medida em que as duas categorias estão submetidas a regime diverso em termos de coisa julgada. A sentença proferida em relação aos interesses difusos produzirá efeitos *erga omnes*, enquanto que na solução dos conflitos envolvendo interesses coletivos a eficácia estará adstrita ao grupo, categoria ou classe.

Por outro lado, o direito processual moderno é informado pelo princípio da congruência, ficando o julgador adstrito aos limites do pedido apresentado. No entanto, a regra aplicável aos processos individuais deve ser aplicada à luz das disposições inerentes à proteção judicial dos interesses coletivos, previstas no ar-

mente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas. 5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal. 5.1. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, artigo 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade ad causam, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal. Recurso extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos.

tigo 103, do Código de Defesa do Consumidor. O que não quer dizer que o pedido seja de todo irrelevante para a definição da espécie de interesse. Isso porque “é possível distinguir, no pedido, um objeto *imediato* e um objeto *mediato*. Objeto *imediato* do pedido é a providência jurisdicional solicitada (exemplo: a condenação do réu ao pagamento de *x*); objeto *mediato* é o bem que o autor pretende conseguir por meio dessa providência (exemplo: a importância *x*).²³ Por conseguinte, o pedido representará, para o interesse, o elemento objetivo necessário à satisfação das necessidades humanas. E a eventual indivisibilidade decorrerá, assim, do bem jurídico almejado (v. g.: o monumento público a ser preservado; a escola a ser construída; o equipamento antipoluentes a ser instalado) ou da providência judicial requerida (v. g.: declaração de nulidade ou anulação de ato jurídico). Todavia, sob o prisma subjetivo, só será coletivo o interesse quando o objeto estiver em posição de satisfazer, de modo exclusivo ou especial, um determinado grupo, categoria ou classe de pessoas. Do contrário, o objeto estará apto a beneficiar uma coletividade, ainda que integrada por grupos, categorias e classes de pessoas determinadas. Assim sendo, não será a delimitação do pedido que irá transformar interesses difusos em coletivos, apenas porque o grupo, a categoria ou a classe esteja situado dentro da coletividade.

A diferenciação entre as duas espécies deverá levar em conta, sim, com fulcro no artigo 81, parágrafo único, inciso I, se as pessoas são ou não determinadas e se estão ligadas por meras circunstâncias de fato ou por vínculo jurídico relevante para o caso.

Os interesses difusos, como leciona José Carlos Barbosa Moreira, não:

pertencem a uma pessoa isolada, nem a um grupo nitidamente delimitado de pessoas (ao contrário do que se dá em situações clássicas como a do condomínio ou a da pluralidade de credores numa única obrigação), mas a uma série *indeterminada* —e, ao menos

²³ Barbosa Moreira, José Carlos, *O novo processo civil brasileiro*, 21 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 10.

80 ACCIONES PARA LA TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS

para efeitos práticos, *de difícil ou impossível determinação*—, cujos membros não se ligam necessariamente por vínculo jurídico definido. Pode tratar-se, por exemplo, dos habitantes de determinada região, dos consumidores de certo produto, das pessoas que vivem sob tais ou quais condições sócio-econômicas, ou que se sujeitem às consequências deste ou daquele empreendimento público ou privado.²⁴

Não se exige que a indeterminabilidade seja absoluta, mas apenas que seja difícil ou irrazoável. Desse modo, os titulares de uma pequena comunidade ou cidade, diante de um problema ambiental eminentemente local, serão, para fins de enquadramento no sistema brasileiro, considerados como indeterminados. Junte-se a isso a possibilidade da falta ou irrelevância de relação jurídica base. Forçoso concluir, portanto, que o interesse difuso será qualificado por exclusão, ou seja, quando não for coletivo em sentido estrito, porque inexistentes a determinação e a relação jurídica base das pessoas entre si ou com a parte contrária.

c. Interesses individuais homogêneos: interesses accidentalmente coletivos a defesa coletiva dos direitos individuais

O artigo 81, parágrafo único, III, da Lei n. 8.078/90, prevê que a defesa coletiva “será exercida quando se tratar de” interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

A primeira observação que se pode fazer diz respeito à interpretação da norma como dispositiva, não obstante o comando imperativo do verbo contido no enunciado. O próprio *caput*, do artigo 81, dispõe de modo diverso, ao enunciar que a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente ou a título coletivo.

²⁴ Barbosa Moreira, José Carlos, “A proteção jurídica dos interesses coletivos”, *Temas de Direito Processual*, São Paulo, terceira série, 1984, p. 184.

A falta da indivisibilidade é a principal característica dos interesses individuais homogêneos. Sendo possível o fracionamento, não haverá, *a priori*, tratamento unitário obrigatório, sendo factível a adoção de soluções diferenciadas para os interessados.

Os interesses ou direitos são, portanto, essencialmente individuais e apenas accidentalmente coletivos. Para serem qualificados como homogêneos precisam envolver uma pluralidade de pessoas e decorrer de origem comum, situação esta que:

não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias ou de um produto nocivo à saúde adquiridos por vários consumidores num largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos com homogeneidade tal que os tornam a “origem comum” de todos eles.²⁵

Os direitos individuais são vistos, por vezes, como passageiros de segunda classe, ou até indesejáveis, dentro desse meio instrumental que é a tutela judicial coletiva. O estigma não passa de preconceito e resistência diante dos novos instrumentos processuais. A defesa coletiva de direitos individuais atende aos ditames da economia processual; representa medida necessária para desafogar o Poder Judiciário, para que possa cumprir com qualidade e em tempo hábil as suas funções; permite e amplia o acesso à justiça, principalmente para conflitos em que o valor diminuto do benefício pretendido significa manifesto desestímulo para a formulação da demanda; e salvaguarda o princípio da igualdade da lei, ao resolver molecularmente as causas denominadas de *repetitivas*, que estariam fadadas a julgamentos de teor variado, se apreciadas de modo singular.

A proteção coletiva de direitos individuais deve obedecer, no entanto, aos requisitos da prevalência das questões de direito e de

²⁵ Watanabe, Kazuo *et al.*, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2000, p. 724.

82 ACCIONES PARA LA TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS

fato comuns sobre as questões de direito ou de fato individuais e da superioridade da tutela coletiva sobre a individual, em termos de justiça e eficácia da sentença. Assemelha-se, assim, ao previsto na legislação norte-americana para as *class actions*.

3. *Legitimação para as ações coletivas no Brasil*

Em termos de legitimação para a propositura de ações coletivas, as soluções cogitadas, em termos mundiais, podem ser agrupadas, conforme a natureza da pessoa autorizada, em três espécies de legitimados: indivíduos, órgãos públicos e associações. A aceitação de mais de um tipo de legitimado é bastante comum.

No Brasil, constata-se inicialmente a assunção do padrão individual, com a autorização dada ao cidadão para o ajuizamento da ação popular. O objeto de proteção da ação popular, embora tenha sido alargado para abranger a anulação de ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, deixa ao largo os demais interesses, notadamente os direitos do consumidor, dos funcionários públicos, dos trabalhadores, dos aposentados, dos contribuintes e das vítimas de atos ilícitos.

O regime central adotado, por conseguinte, em termos de legitimação para as ações coletivas, encontra-se disposto na Lei da Ação Civil Pública, artigo 5, e no Código de Defesa do Consumidor, artigo 82. Os dois estatutos prevêem basicamente os mesmos legitimados: órgãos públicos e associações. Na Constituição da República, encontram-se os sindicatos também autorizados a agirem coletivamente em juízo.

O Ministério Público ocupa clara posição de destaque, na medida em que a sua participação é obrigatória em todas as ações coletivas, seja na condição de autor seja na de *custos legis*, nos termos dos artigo 5, § 1, da Lei n. 7.347/85, e artigo 92, da Lei n. 8.078/90. Na prática, a atuação do Ministério Público também é predominante, para não dizer absoluta. Estudos realizados nos estados do Rio de

Janeiro e em São Paulo acusaram a iniciativa do *parquet* em cerca de noventa por cento dos processos coletivos.

Encontram-se legitimados, ainda, a União, os estados, os municípios e o Distrito Federal, bem como as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos. A propositura de ações coletivas pelos entes ou órgãos públicos previstos nos incisos II e III do artigo 82, da Lei n. 8.078/90, é caso raro de acontecer, quase inexistente, na verdade. Há que se ressalvar, em parte, a atuação de órgãos públicos, criados pelos municípios ou estados, com o intuito de dar proteção aos consumidores, denominados geralmente de PROCONs. Mas, ainda assim, a atividade desses órgãos desenvolve-se principalmente na esfera extrajudicial.

As associações também foram legitimadas, com fulcro no artigo 5, inciso XXI, da Constituição da República, artigo 5, da Lei da Ação Civil Pública, e inciso IV, artigo 82, do Código de Defesa do Consumidor. Em regime semelhante, os sindicatos, com base no artigo 8, III, da Magna Carta.²⁶

A. A legitimação do Ministério Público

O Ministério Público é, com fulcro no artigo 127 da Constituição da República, instituição permanente, considerada essencial à função jurisdicional, tendo por incumbência a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. O artigo 129, por sua vez, enumera as suas atribuições institucionais, dentre as quais, no inciso III, a de promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, bem como, com fulcro no inciso IX, exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria ju-

26 Vide item 18.6.

84 ACCIONES PARA LA TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS

rídica de entidades públicas. As suas funções institucionais encontram-se, assim, gizadas constitucionalmente.

Tendo em vista que o inciso III, do artigo 129, da Constituição, menciona expressamente apenas a possibilidade de defesa de outros interesses difusos e coletivos, além do patrimônio público e social e do meio ambiente, colocou-se em discussão a possibilidade do Ministério Público atuar na proteção de interesses e direitos individuais homogêneos. Estava em jogo, afinal, a própria constitucionalidade e alcance do artigo 82, do Código de Defesa dos Consumidores, na medida em que dispõe sobre a legitimação do Ministério Público para a defesa dos interesses coletivos, *stricto sensu*, sem afastar desse rol os direitos fincados no inciso III, do artigo 81, da Lei n. 8.078/90.

Diante do texto constitucional, parte da jurisprudência entendeu por bem afastar de modo peremptório a atuação do Ministério Público em relação aos interesses ou direitos individuais homogêneos.²⁷

Com o tempo, contudo, a doutrina e a jurisprudência evoluíram no sentido de reconhecer a existência de interesses e direitos individuais homogêneos que assumiam, pelas suas proporções, pela relevância do bem jurídico em litígio, pela condição das pessoas afetadas ou outro fator, uma dimensão social. A interpretação afastava, por um lado, a aceitação irrestrita de legitimação ao Ministério Público diante de qualquer interesse ou direito individual disponível, mas, por outro, admitia a inovação trazida pelo

27 Nesse sentido, por exemplo, decidiu a 2a. Turma do Tribunal Regional Federal da 5a. Região, em julgamento proferido em 23.05.1995: “Ação Civil Pública. Ilegitimidade ativa do Ministério Público. Direitos individuais homogêneos. 1. A Ação Civil Pública, pela sua própria natureza, não se presta a proteger direitos individuais disponíveis. 2. Direitos individuais afetados a determinados estamentos sociais não estão elencados como alcançados pelos efeitos da Ação Civil Pública. 3. A homenagem que o Ministério Público sempre presta a Carta Magna não lhe autoriza a exceder as suas atribuições no tocante ao seu direito de provocar, como sujeito ativo ou substituto processual, a atividade jurisdicional. 4. É parte ilegítima o Ministério Público para a propositura de Ação Civil Pública quando não se visa proteger interesses difusos ou coletivos. Com estes não devem ser confundidos os que, tipicamente, possuem características individuais de um grupo de determinado setor social. 5. apelação improvida. Sentença mantida”, Apelação cível núm. 05076860-5.

Código de Defesa do Consumidor, dentro da abertura oferecida no inciso IX, do artigo 129, da Constituição da República, compatibilizando-a nos termos do *caput* do artigo 127, ou seja, como interesses sociais. Nessa direção, decidiu o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do ministro Carlos Alberto Menezes Direito que:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DANOS CAUSADOS AOS TRABALHADORES NAS MINAS DE MORRO VELHO. INTERESSE SOCIAL RELEVANTE. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS.

1. O Ministério Público tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, desde que esteja configurado interesse social relevante.

2. A situação dos trabalhadores submetidos a condições insalubres, acarretando danos à saúde, configura direito individual homogêneo revestido de interesse social relevante a justificar o ajuizamento da ação civil pública pelo Ministério Público.

3. Recurso especial conhecido e provido.²⁸

O Supremo Tribunal Federal, embora tenha se equivocado em alguns acórdãos quanto à classificação do interesse, chanceou, aparentemente, a distinção baseada na relevância social. Desse modo, vem admitindo a legitimação do Ministério Público para a proteção de direitos de relevância social, como a educação, permitindo-lhe assim o ajuizamento de ações coletivas voltadas para o controle do reajuste de mensalidades. É o que se pode extrair, *v. g.*, da ementa do *leading case* julgado pela Corte Constitucional, em 1997:

5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de

28 Recurso Especial n. 58682, julgado em 08.10.1996, RDA 207/283.

86 ACCIONES PARA LA TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS

interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal.

5.1. Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, artigo 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade ad causam, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal.²⁹

O Superior Tribunal de Justiça, consignando expressamente a tese do interesse social e a qualificação de interesses individuais homogêneos, aplicou o raciocínio também em relação aos reajustes das prestações dos planos de saúde, como se pode ver em julgado proferido no ano de 1999 e relatado pelo ministro Ruy Rosado de Aguiar:

Plano de saúde. Legitimidade do MP. O MP tem legitimidade para promover ação coletiva em defesa de interesses individuais homogêneos quando existente interesse social compatível com a finalidade da instituição. Reajuste de prestações de Plano de Saúde (UNIMED). CDC 82 I. Precedentes.³⁰

Por outro lado, não excluindo a possibilidade de tutela coletiva, mas, tão-somente, a legitimidade do Ministério Público, decidiu o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal pelo descabimento da persecução em causas de natureza tributária:

MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA DO MUNICÍPIO DE RIO NOVO-MG. EXIGIBILIDADE IMPUGNADA POR MEIO DE AÇÃO PÚBLICA, SOB ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ACÓRDÃO QUE CONCLUIU PELO SEU NÃO-CABIMENTO, SOB INVOCAÇÃO DOS ARTIGOS. 102, I, A, E 125, § 2, DA CONSTITUIÇÃO.

29 RE 163.231-SP, 2a. Turma, relator ministro Maurício Corrêa, boletim do STF n. 3.

30 4a. Turma, Recurso Especial n. 177.965-PR, DJU, 23.8.1999.

Ausência de legitimação do Ministério Público para ações da espécie, por não configurada, no caso, a hipótese de interesses difusos, como tais considerados os pertencentes concomitantemente a todos e a cada um dos membros das sociedades, como um bem não individualizável ou divisível, mas, ao revés, interesses de grupo ou classe de pessoas, sujeitos passivos de uma exigência tributária cuja impugnação, por isso, só pode ser promovida por eles próprios, de forma individual ou coletiva. Recurso não conhecido.³¹

Não se pode, entretanto, deixar de reconhecer a correta preocupação em torno da concentração de poderes e atribuições nos órgãos do Estado, ainda quando providos de independência funcional. As ações coletivas representam a ampliação da participação da sociedade no processo e devem, por isso, estabelecer padrões comportamentais condizentes com indivíduos esclarecidos e organizados. Para tanto, o quadro de legitimados deve continuar a ser ampliado, para que se configure uma realidade ainda mais pluralista e aberta à participação e ao acesso à justiça.

B. Associações e sindicatos

A legitimação das associações encontra dupla previsão: constitucional e legal. Na primeira, situada no inciso XXI, do artigo 5, dispõe-se que “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente”.

O constituinte utilizou-se de duas expressões *-legitimidade e representar*— designativas de institutos jurídicos diversos, ensinando, assim, principalmente junto ao Supremo Tribunal Federal, certa dificuldade de interpretação.

Observe-se ainda que o termo representação não foi empregado no artigo 5, inciso LXX, da Constituição, quando reconheceu que “o mandado de segurança pode ser impetrado por a) par-

³¹ Recurso extraordinário n. 213.631-0, relator ministro Ilmar Galvão, DJU, 07.04.2000.

88 ACCIONES PARA LA TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS

tido político, com representação no Congresso Nacional; *b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados*”; bem como no artigo 8, inciso III, quando previu que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”. A distinção foi observada e realçada pela Corte Constitucional:

CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL. AUTORIZAÇÃO EXPRESSA: DESNECESSIDADE. OBJETO A SER PROTEGIDO PELA SEGURANÇA COLETIVA. C.F., ARTIGO 5, LXX, B. MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA LEI EM TESE: NÃO CABIMENTO. Súmula 266-STF.

I. A legitimização das organizações sindicais, entidades de classe ou associações, para a segurança coletiva, é extraordinária, ocorrendo, em tal caso, substituição processual. CF, artigo 5, LXX.

II. Não se exige, tratando-se de segurança coletiva, a autorização expressa aludida no inc. XXI do artigo 5, CF, que contempla hipótese de representação.³²

Comentando a legitimização das associações, asseverou José Carlos Barbosa Moreira:

O que é particularmente interessante é a possibilidade que se abre às entidades associativas de agir em Juízo, em nome próprio, embora na defesa de direitos e de interesses que não lhes pertençam a elas, às próprias entidades, e sim aos seus filiados. Ao dizer isso, estou tomando posição sobre a natureza dessa figura jurídica: a mim parece que não se trata de uma hipótese de representação, ao contrário do que sugere o teor literal do dispositivo, logo adiante, quando usa o verbo “representar”. Penso que aqui houve um co-chilo técnico; o legislador constituinte não é especialista em Direito Processual, de sorte que não é de espantar que, aqui e acolá, nos defrontemos com alguma imperfeição, com alguma improriedade.

³² Mandado de Segurança n. 22.132-RJ, Tribunal Pleno, relator ministro Carlos Velloso, DJU 18.11.1996.

de desse ponto de vista. Mas o meu pensamento é o de que se trata, na verdade, de legitimação extraordinária, que poderá dar lugar, isto sim, a um fenômeno de substituição processual, e não a um fenômeno de representação; porque, se se tratasse de um fenômeno de representação, quem estaria, na verdade, agindo em Juízo seriam os filiados individualmente considerados, embora por meio de representante, e o fenômeno nada teria de curioso, ou de merecedor de maior atenção.³³

Em julgado proferido no dia 15.09.1999, na Ação Originária n. 152-RS, a natureza do instituto previsto no artigo 5, inciso XXI, da Constituição, foi objeto de discussão no Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. O tema veio à tona na medida em que o relator, ministro Carlos Velloso, fiel ao entendimento anteriormente esposado, nos termos da ementa supramencionada, pugnava pela exigibilidade de autorização expressa dos filiados, ao argumento de se tratar de representação. Tendo em vista que havia, nos autos, procurações e autorizações concedidas apenas por parte da classe, defendeu o relator que o julgado atingisse tão-somente aos que deram permissão expressa, voto que acabou sendo vencido quanto a este aspecto. Os ministros do Excelso Tribunal seguiram, na ocasião, as reflexões do ministro Sepúlveda Pertence que, citando os argumentos de Barbosa Moreira, acima expostos, asseverou:

Nem desconheço que, levada às últimas consequências a menção do dispositivo questionado à *representação* e entendida esta conforme a noção corrente do Direito Privado ordinário e pré-constitucional, seria difícil fugir à conclusão restritiva ora prestigiada pelo em. Ministro Presidente.

Estou, porém, *data venia*, em que a conclusão padece de um pecado mortal: o de reduzir a nada o alcance da norma constitucional inovadora, sem a qual —se se reclama para legitimar a associação a autorização individual de cada filiado— as coisas continuariam tal e qual.

33 “Ações coletivas na Constituição Federal de 1988”, *Revista de Processo*, São Paulo, núm. 61, janeiro-março de 1991, p. 190.

90 ACCIONES PARA LA TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS

De fato, antes da Constituição, a ninguém jamais ocorreu contestar, à luz da disciplina ordinária do mandato, que à pessoa jurídica pudessem ser outorgados poderes de representação de terceiros no processo, que contêm em si o de outorgar mandato *ad judicia* a profissional habilitado.

Ora, o que se pretende reclamar (e o que está contido nas centenas de autorizações reunidas no apenso) são verdadeiras procurações, instrumentos de mandato, cuja validade e eficácia, por conseguinte, independem da regra constitucional permissiva, que seria, pois, de rotunda ociosidade: por isso, assinalou Barbosa Moreira, na conferência referida (RePro 61/190).

Essa ociosidade, no entanto, não é de presumir em preceito de inspiração inovadora, até pelos antecedentes históricos da sua gesticão, que parte da resistência jurisprudencial a todo ensaio de legitimação processual das formações sociais intermediárias, cuja necessidade já se sentia.

A cada dia mais me convenço de que o misoneísmo na hermenêutica constitucional —na qual, como notou Barbosa Moreira, (RF 304/151.152)— “o olhar do intérprete dirige-se antes ao passado que ao presente” é um dos maiores obstáculos à efetividade da Constituição.³⁴

4. *Litispendência e coisa julgada nas ações coletivas*

O processamento e o julgamento de demandas coletivas impõem a revisitação de vários institutos processuais, para adequá-

³⁴ A íntegra da ementa foi publicada no *DJU*, em 03.03.2000, com a seguinte redação: “CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA: C.F., ARTIGO 102, I, n. AÇÃO ORDINÁRIA COLETIVA: LEGITIMAÇÃO: ENTIDADE DE CLASSE: AUTORIZAÇÃO EXPRESSA: C.F., ARTIGO 5, XXI. SERVIDOR PÚBLICO: REMUNERAÇÃO: CORREÇÃO MONETÁRIA. I. Ação ordinária em que magistrados do Rio Grande do Sul pleiteiam correção monetária sobre diferença de vencimentos paga com atraso. Interesse geral da magistratura gaúcha no desfecho da ação. Competência originária do Supremo Tribunal Federal: C.F., artigo 102, I, n. II. Ação ordinária coletiva promovida por entidade de classe: C.F., artigo 5, XXI: inexistência de autorização expressa dos filiados. Voto vencido do Relator: aplicabilidade da regra inscrita no artigo 5, XXI, da C.F.: necessidade de autorização expressa dos filiados, não bastando cláusula autorizativa constante do Estatuto da entidade de classe. III. Diferença de vencimentos paga com atraso: cabimento da correção monetária, tendo em vista a natureza alimentar de salários e vencimentos. Precedentes do S.T.F. IV. Ação conhecida e julgada procedente”.

los aos princípios, às finalidades e às características da proteção judicial metaindividual. Dentro desse contexto, a litispendência e a coisa julgada merecem posição de destaque.

Os dois institutos, sob o prisma tradicional, estão intimamente relacionados à condição de parte no processo. Isso porque a identificação da ação, nos termos do artigo 301, §§ 1 e 2, do Código de Processo Civil, é feita a partir da confrontação das partes, da causa de pedir e do pedido. E, ainda que não esteja em discussão o ajuizamento de novo feito, a ensejar a ausência de coisa julgada ou de litispendência, como pressupostos processuais negativos, os jurisdicionados precisam saber os limites subjetivos dos efeitos do julgamento. Só assim, poderão descobrir quem está ou não vinculado à decisão proferida.

O artigo 472, do Código Processual Civil, estabelece que a “sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”. Naturalmente, a matéria há que encontrar disciplinamento diverso em sede de tutela coletiva, na medida em que se conferiu legitimidade para que determinadas pessoas ou órgãos possam efetuar em juízo a defesa de interesses alheios. Do mesmo modo, a indivisibilidade do objeto determinaria, no caso dos interesses essencialmente coletivos, de modo peremptório, o tratamento coletivo para o conflito, na medida em que exigiria solução uniforme. Não haveria, ainda, sentido em se falar de proteção coletiva, com o escopo de ampliar o acesso à justiça e produzir efetiva economia processual, se as coisas permanecessem exatamente como antes, ou seja, com decisões que vinculassem apenas as partes formais do processo.

A questão da litispendência em relação às ações coletivas não havia recebido tratamento legal até o advento do Código de Defesa do Consumidor. O artigo 104, da Lei n. 8.078/090 dispôs que:

As ações coletivas, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do artigo 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes*, a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspen-

92 ACCIONES PARA LA TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS

são no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

Nota-se, em primeiro lugar, que o dispositivo cuidou tão-somente da hipótese de ajuizamento concomitante de ações individuais, desprezando, assim, a possibilidade de serem instaurados vários processos coletivos, fato que vem se tornando cada vez mais freqüente e problemático.

Em relação ao artigo 104 do Código de Defesa do Consumidor, colocou-se logo em discussão as remissões feitas no seio do dispositivo. A primeira parte da norma faz menção às ações coletivas para a defesa dos interesses difusos e coletivos, previstas nos incisos I e II do parágrafo único do artigo 81. Todavia, a segunda parte do artigo 104 indicou os incisos II e III do artigo 103, dirigidos aos interesses coletivos e individuais homogêneos.

A doutrina tem apontado principalmente para interpretar como aplicável a todas as categorias de ações coletivas as duas partes do artigo 104.³⁵ Entretanto, algumas considerações mais amplas devem ser feitas.

Em primeiro lugar, o instituto da litispendência só será útil ao processo coletivo se a análise comparativa levar em conta não apenas a parte formalmente presente no processo, mas, sim, quem sejam os titulares do direito material deduzido no processo. Portanto, ao lado do pedido e da causa de pedir, bastaria que se estivesse na causa coletiva, para ser considerada como idêntica, defendendo os interesses dos mesmos substituídos. Do contrário, dificilmente haveria litispendência, porque outro legitimado poderia simplesmente formular idêntico pedido e causa de pedir em novo processo.

Mas há outra questão de fundo a ser apreciada. Os interesses essencialmente coletivos, ou seja, os difusos e coletivos em senti-

³⁵ Nesse sentido, Gidi, Antonio, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, São Paulo, Saraiva, 1995, p. 193, e Pellegrini Grinover, Ada, *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 6a. ed., Rio Janeiro, Forense Universitária, pp. 829 e 830.

do estrito, contam, como característica fundamental, com a invisibilidade do seu objeto. A impossibilidade de fracionamento determina, assim, tratamento e solução uniforme para o litígio. Por conseguinte, os interesses difusos e coletivos não comportam —material ou logicamente— a convivência de várias ações, diante de pretensões e fundamentos idênticos. Do contrário, a emissão de inúmeros pronunciamentos judiciais diversos ou contraditórios poderia estabelecer padrões de conduta incompatíveis: um juiz, por exemplo, autorizando a realização de determinada atividade provocadora de barulho, apenas no período da tarde; outro somente pelas manhãs; um terceiro proibindo-a terminantemente a qualquer hora; e, por fim, um que a facultasse em geral. Como proceder, diante de pronunciamentos liminares, proferidos em processos distintos, com autores também diversos, determinando ou permitindo condutas tão díspares?

Estando em jogo o mesmo pedido e causa de pedir, bem como havendo coincidência entre os titulares dos interesses difusos ou coletivos, não se deve admitir o ajuizamento de nova ação coletiva, em razão da presença de litispendência. Outras soluções, como a reunião de processos, sob o argumento da conexão ou da continência, além de tecnicamente incabíveis diante da identidade objetiva, muito provavelmente acabaria ocasionando tumulto processual e retardamento no julgamento da demanda coletiva.

O que parece, entretanto, inadmissível, em sede de interesses difusos e coletivos, é a possibilidade ventilada pelo artigo 104, de cabimento e coexistência de ações coletivas e individuais, como se o objeto em questão fosse sujeito ao desmembramento. E tudo o que se disse sobre litispendência deve ser considerado também em geral para fins de efeitos do julgamento e da coisa julgada. A hipótese do artigo 104 só é passível de aplicação em relação aos direitos ou interesses individuais homogêneos, estes, sim, plenamente divisíveis. Mas, ainda aqui, o dispositivo merece severa crítica.

A experiência do direito comparado relata a utilização, em geral, de dois sistemas de vinculação dos indivíduos ao processo coletivo: o de inclusão (*opt-in*), no qual os interessados deverão

94 ACCIONES PARA LA TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS

requerer o seu ingresso até determinado momento; e o de exclusão (*opt-out*), mediante o qual devem os membros ausentes solicitar o desacoplamento do litígio coletivo, dentro de prazo fixado pelo juiz. Como se vê, o artigo 104 não adotou nenhum dos dois métodos. Pelo contrário, deixou de colocar a ação coletiva como referencial mais importante, diante da qual os indivíduos precisariam optar, seja pelo ingresso ou pela exclusão, para passar a dispor sobre a conduta dos autores individuais em relação às suas ações singulares.

Note-se, ainda, que o sistema de exclusão é significativamente mais eficiente, no sentido de garantir o tratamento coletivo para as questões comuns, produzindo, assim, efetiva economia processual, acesso à justiça e fortalecimento das ações coletivas. Mas, sem a fixação de prazos para o seu exercício, não há direito ou obrigação de exclusão, fazendo com que interesses menores, mas quantitativamente significativos, acabem minando o sentido das ações coletivas. A realidade dos últimos anos fala por si só: embora tenham sido ajuizadas ações coletivas, nenhuma delas foi capaz de conter a verdadeira sangria de ações individuais que foram ajuizadas diante de questões como a dos expurgos inflacionários relacionados com cadernetas de poupança e do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); dos inúmeros conflitos envolvendo aposentados, como, v. g., a equivalência do benefício com o salário mínimo, o reajuste de 147%, buraco negro ed-cétera; lides que diziam respeito a tributos, como a CPMF, reajuste da tabela do imposto de renda, progressividade do IPTU, taxa de lixo ou de iluminação pública, aumento de alíquotas, incidência de contribuições sociais sobre determinadas categorias; incontáveis discussões pertinentes aos funcionários públicos, no âmbito da União, dos Estados e dos Municípios, em torno de pleitos como o direito ao reajustamento anual, de contagem de tempo dos celetistas incorporados ao regime único, transformação de cargos, extinção de direitos, citando apenas alguns poucos exemplos.

Em praticamente todos os casos mencionados, foram centenas e milhares de processos individuais instaurados, sem que as ações coletivas tenham de fato cumprido o seu papel. O correto equacionamento da questão da litispendência e da coisa julgada, com o estabelecimento de um efetivo sistema de exclusão, acompanhado do controle da representatividade adequada, parece ser medida essencial para que a tutela coletiva alcance os seus objetivos.

O artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor estabeleceu que, nas ações coletivas:

a sentença fará coisa julgada: I. *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do artigo 81; II. *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inc. II do parágrafo único do artigo 81; III. *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inc. III do parágrafo único do artigo 81.

A extensão dos efeitos decorre, nos dois primeiros incisos, da indivisibilidade do objeto, na medida em que não poderá ser fractionado em relação aos interessados, indeterminados no caso dos interesses difusos —por isso *erga omnes*— e limitados ao grupo, categoria ou classe. Note-se, em relação aos últimos, que o dispositivo, também em função da indivisibilidade, não limitou os efeitos aos associados ou filiados, mas a todo o grupo, categoria ou classe. Do contrário, os interesses seriam divisíveis e qualificáveis como individuais homogêneos, recebendo tratamento diverso, ainda que, para fins da propositura da ação, haja organização identificável com grupo, categoria ou classe.

A vinculação aos efeitos deriva, igualmente, da legitimação extraordinária, tendo em vista que os interesses alheios estão sendo defendidos por outra pessoa mediante autorização da lei. Con-

96 ACCIONES PARA LA TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS

seqüência natural, portanto, que os titulares dos direitos invocados no processo sejam atingidos. Leia-se “interessados” ou “titulares dos direitos alheios defendidos” onde se encontra escrita a palavra “vítimas”, no inciso III do artigo 103.

A extensão dos efeitos foi regulada, em parte, *secundum eventum litis*, ou seja, dependendo do resultado do julgamento. No caso do pedido ser julgado procedente, haverá sempre a ampliação subjetiva da eficácia. Mas, do contrário, quando a pretensão for negada, o tratamento será diverso, conforme esteja em jogo interesses essencialmente coletivos (interesses difusos ou coletivos em sentido estrito) ou individuais homogêneos. Em relação aos primeiros, o pedido julgado improcedente não será vinculativo, para todos os interessados e legitimados, apenas se o resultado desfavorável decorrer da falta ou insuficiência de provas.

Quanto aos interesses ou direitos individuais homogêneos, contudo, não há qualquer reserva. Assim, o julgamento contrário à parte que efetuou a defesa coletiva não produzirá efeitos *erga omnes*, o que merece ser criticado, pois viola o princípio da isonomia. Ao estabelecer, de modo limitado, como legitimados, apenas os órgãos públicos e as associações, a representatividade adequada foi presumida. Por conseguinte, torna-se desproporcional e despropositada a diferenciação dos efeitos *secundum eventum litis*, pois não leva em consideração, tal qual nos incisos I e II do artigo 103, motivo significativo, como a falta ou insuficiência de provas, para afastar a extensão. O processo coletivo torna-se, assim, instrumento unilateral, na medida em que só encontrará utilidade em benefício de uma das partes.

A Lei n. 9.494, de 10.09.97, convertendo em lei a Medida Provisória n. 1.570, designou, inicialmente, a seguinte redação para o artigo 16, da Lei da Ação Civil Pública: “A sentença civil fará coisa julgada ‘erga omnes’, nos termos da competência territorial do órgão prolator, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova”. Em seguida, o texto foi modificado, mediante a adoção de

medidas provisórias sucessivas,³⁶ para dispor que: “A sentença prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da proposta da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator”.

Pretendeu-se, assim, instituir novo texto para o artigo 16, da Lei da Ação Civil Pública, com o intuito claro de fracionar o alcance das ações coletivas. Todavia, há que se consignar que a versão originária do artigo dispunha, em síntese, que a sentença faria coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido fosse julgado improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderia intentar “outra” ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a matéria pertinente aos efeitos do julgamento e da coisa julgada passou a ser regulada inteiramente pelo artigo 103, na medida em que instituiu sistema consentâneo com a nova divisão tripartite dos interesses coletivos, nada mais podendo ser aproveitado do artigo 16, da Lei n. 7.347/85, razão pela qual é de se considerar o mesmo revogado, com fulcro no artigo 2, § 1, parte final, da Lei de Introdução ao Código Civil. Desse modo, houve manifesto equívoco do legislador ao pretender dar nova redação a dispositivo que não se encontrava mais em vigor. Este não foi, entretanto, o maior engano.

A inovação é manifestamente constitucional, afrontando o poder de jurisdição dos juízes, a razoabilidade e o devido processo legal. A jurisdição não se confunde com a competência. Todos os juízes são investidos na jurisdição, estando limitada tão-somente a sua competência para conhecer, processar e julgar os processos. Por outro lado, a jurisdição é um poder, decorrente diretamente da soberania, razão pela qual guarda aderência sobre o território nacional, ainda quando o órgão seja estadual. As regras

³⁶ A nova redação foi prevista inicialmente na Medida Provisória n. 1.781-1, de 11.02.1999, seguida depois pelas de n. 1.906-11, de 25.11.1999, n. 2.102-32, de 21.06.2001, e n. 2.180-33, de 28.06.2001.

98 ACCIONES PARA LA TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS

de competência fixarão, sim, quem deva ser responsável pelo processo, não se prestando, portanto, para tolher a eficácia da decisão, principalmente sob o prisma territorial.

Da mesma forma, há que ser invocada, mais uma vez, a indivisibilidade do objeto, quando o interesse for difuso ou coletivo, não sendo possível o seu fracionamento para atingir parte dos interessados, quando estes estiverem espalhados também fora do respectivo foro judicial.

5. *Liquidation e execução de sentenças coletivas*

O Código do Consumidor previu, nos artigos 97 e 98, a possibilidade de liquidação, bem como de execução, coletivamente, pelas mesmas pessoas que estão legitimadas para a propositura dos processos coletivos de conhecimento.

III. PORTUGAL

1. *Interesses difusos*

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

Em sentido lato, estaria em contraposição com os direitos meramente individuais e, por outro lado, não se confundiria com os interesses estritamente públicos, englobando, assim, as necessidades legalmente protegidas e sentidas numa esfera pluriindividual, afetando uma comunidade, um grupo, uma classe ou pessoas ligadas por circunstâncias comuns. Englobaria, desse modo, os interesses difusos, em termos estritos, os coletivos, provenientes de co-titularidade, e os individuais homogêneos.³⁷

³⁷ A concepção e classificação supramencionadas foi, ao que parece, agasalhada pelo legislador, tendo em vista a rubrica do novo artigo 26-A, do Código de Processo Civil, intitulada “Ações para a tutela de interesses difusos”.

Na definição mais adstrita, diz respeito apenas aos interesses metaindividuais, de natureza indivisível, reunidos por situação fática, sem que haja uma relação jurídica-base entre as pessoas afetadas, ou que a ligação jurídica não seja relevante, como, por exemplo, na persecução da melhoria do meio ambiente, diante da poluição sonora ou do ar.³⁸

2. *O tratamento constitucional*

A Constituição da República Portuguesa, aprovada em 2 de Abril de 1976, sob a influência da Revolução dos Cravos, de 25 de abril de 1974, e inspirada na idéia de participação democrática, procurou sinalizar esta abertura, também, na direção do acesso à justiça. Previa-se, assim, no artigo 20, “o acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos” e, no artigo 52 —sob a rubrica

Direito de petição e acção popular—, n. 2, “o direito de acção popular, nos casos e nos termos previstos na lei”. É de se notar que, em relação ao direito de petição, disposto no n. 1 do mesmo dispositivo legal, já se previa que todos os cidadãos têm o direito de apresentar, individual ou colectivamente, aos órgãos de soberania ou a quaisquer autoridades petições, representações, reclamações ou queixas para defesa dos seus direitos, da Constituição, das leis ou do interesse geral.

Os dois artigos supramencionados passam a ter nova redação, por força da Lei Complementar n. 1/89. O artigo 20 engloba, a partir de então, além dos direitos, os interesses legítimos, como passíveis de serem defendidos diante dos tribunais. Quanto ao artigo 52, a Constituição especifica, agora no n. 3, os contornos da ação popular, conferindo

38 Sobre a classificação adotada em Portugal, vide Teixeira de Souza, Miguel, “A tutela jurisdiccional do consumo e do ambiente em Portugal”, *Temas atuais do Direito Processual Ibero-americano*, Rio de Janeiro, Forense, 1998, especialmente pp. 383-388.

100 ACCIONES PARA LA TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS

a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular nos casos e termos previstos na lei, nomeadamente o direito de promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, a degradação do ambiente e da qualidade de vida ou a degradação do património cultural, bem como de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização.

Por fim, em 1997, os artigos 20 e 52, n.º 3, sofrem novas modificações. No primeiro, foi substituída a antiga referência aos “interesses legítimos” por “interesses legalmente protegidos”, procurando, dessa forma, expressar a transformação ocorrida em torno da problemática da legitimação, antes indissoluvelmente vinculada à titulação do direito material e, portanto, aos direitos subjetivos. A alteração surgida, por força da Lei Constitucional n.º 1/97, contribui, portanto, para a aceitação e consolidação da legitimação extraordinária e da existência de necessidades supra-individuais, que não devem ser vistas como desprovidas de titular ou pertencentes, tão-somente, ao Estado.

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

Artigo 52.

(Direito de petição e direito de ação popular)

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

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

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

- a) Promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural;
- b) Assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais.

3. A produção legislativa infraconstitucional

Quase 20 anos após ter sido consagrada constitucionalmente, no artigo 52, n.º 3, a ação popular veio a ser regulamentada, com a edição da Lei n.º 83/95, de 31 de agosto. A edição da Lei n.º 83/95 foi festejada pela doutrina, que já bradava, em parte, pela inconstitucionalidade por omissão e, também, pela auto-aplicabilidade do preceito constitucional.

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

No ano seguinte, os consumidores passaram a ter um código moderno de defesa dos seus interesses, consubstanciado na Lei n.º 24/96. Em termos processuais, há que se ressaltar, no entanto, a manutenção da aplicabilidade da ação popular para a proteção dos interesses coletivos em geral, inclusive dos consumidores, em sentido lato, ou seja, abrangendo os difusos, coletivos e individuais homogêneos, segundo a classificação brasileira. A questão suscitou, entretanto, certa controvérsia nos tribunais portugueses,³⁹ tendor fim,

³⁹ Como esclarece Teixeira de Souza, Miguel, “A tutela jurisdiccional do consumo e do ambiente em Portugal”, p. 385, utilizando-se da classificação portuguesa, supramencionada, o “acórdão da Relação de Lisboa de 12 de Junho de 1997 (publicado na *Colectâ-*

102 ACCIONES PARA LA TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS

pacificada, conforme esposado pelo Supremo Tribunal de Justiça, em julgado com a seguinte conclusão.⁴⁰

I. O artigo 1 da Lei 83/95, de 31 de agosto, abrange não só os “interesses difusos”, mas também os ‘interesses individuais homogêneos’.

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

III. Os “interesses individuais homogêneos” representam todos aqueles casos em que os membros da classe são titulares de direitos diversos, mas dependentes de uma única questão de facto ou de direito, pedindo-se para todos eles um provimento jurisdicional de conteúdo idêntico.

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

V. A Associação de Consumidores de Portugal (ACOP) tem legitimidade para propor ação popular tendo por objecto o pedido de indemnização dos assinantes de contratos do serviço telefônico público por violação do mesmo por parte da Portugal Telecom, S. A.⁴¹

A ação popular, todavia, não é o único meio de defesa dos interesses pluriindividuais em Portugal, embora possa ser considerada como a lei que regula, de modo geral, as principais ques-

nea de Jurisprudência 1997/3, 107 ss.) recusou a integração dos interesses colectivos nos interesses difusos e, por isso, não reconheceu legitimidade a uma associação de consumidores para a defesa de interesses que foram considerados colectivos mas não difusos; pelo contrário, o acórdão do Supremo de Tribunal de Justiça, de 23 de Setembro de 1997 (ainda inédito) aceitou a referida tripartição no âmbito dos interesses difusos *lato sensu* e reconheceu a legitimidade de uma associação de consumidores para obter a tutela judicial de interesses difusos, colectivos e individuais homogêneos”.

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

41 *Apud* Silva Araújo Filho, Luiz Paulo da, *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, Rio de Janeiro, Forense, 2000, pp. 42 e 43. O acórdão e as alegações foram selecionados e levados à publicação, no Brasil, graças à iniciativa de Pellegrini Grinover, Ada, *Revista de Direito do Consumidor*, núm. 27, pp. 88-102.

tões relacionadas ao processo e à ação coletiva, bem como o procedimento aplicável.

A tutela coletiva, por certo, não deve ocupar papel de menor importância na sociedade contemporânea, tendo em vista as relações e necessidades de massa que se multiplicam no contexto moderno. Conseqüentemente, não deve receber tratamento de matéria extravagante, bem como ficar relegada à aplicação tópica e esporádica, dentro de moldes concebidos unicamente para os litígios individuais. Passo importante e necessário, portanto, é a introdução e sistematização do processo coletivo, como parte integrante e fundamental do Direito Processual, nos estatutos vigentes. Nesse sentido, é de se notar a preocupação dos juristas lusos, que fizeram questão de introduzir no Código de Processo Civil português, em harmonia com o novo estatuto da ação popular, disposição relativa às ações coletivas, nos seguintes termos:

Artigo 26-A (Acções para a tutela de interesses difusos)

Têm legitimidade para propor e intervir nas acções e procedimentos cautelares destinados, designadamente, à defesa da saúde pública, do ambiente, da qualidade de vida, do património cultural e do domínio público, bem como à protecção do consumo de bens e serviços, qualquer cidadão no gozo dos seus direitos civis e políticos, as associações e fundações defensoras dos interesses em causa, as autarquias locais e o Ministério Público, nos termos previstos na lei.⁴²

Em termos mais específicos, deve ser registrado, também, que a tutela inibitória encontra-se prevista, no artigo 10, n. 1, primeira parte, para a defesa dos interesses dos consumidores, e, no artigo 25, do Decreto-Lei n. 446/85, especificamente quanto às chamadas cláusulas contratuais gerais, “destinada a obter a condenação na abstenção do uso ou da recomendação de cláusulas nulas”.⁴³

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

43 Teixeira de Souza, Miguel, “A tutela jurisdiccional do consumo e do ambiente em Portugal”, *op.cit.*, nota 38, p. 390.

4. *A ação popular (coletiva) portuguesa*

Nos termos do artigo 52, n.º 3, da Constituição portuguesa, combinado com o artigo 1, n.º 2, da Lei n.º 83/95, a ação popular pode ser utilizada para a persecução dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Não se preza, portanto, para a consecução de direitos estritamente individuais. Dentre outros bens jurídicos,⁴⁴ poderá ser empregada para a defesa da saúde pública, do ambiente, da qualidade de vida, dos consumidores de bens e serviços, do patrimônio cultural e do domínio público.

Não se confunde, portanto, com a ação popular brasileira, pois a portuguesa possui espectro bem mais amplo, podendo, nos termos do artigo 12, n.º 2, da Lei 83/95, “revestir qualquer das formas previstas no Código de Processo Civil”. Caber-se-ia, talvez, dizer que a ação pública portuguesa equivaleria, no Brasil, a um modelo, que unificasse, em termos processuais e procedimentais, as ações popular, prevista na Lei 4.717/65, civil pública, estatuída na Lei 7.347/85, do consumidor (Lei 8.078/90), e com as ações coletivas, firmadas nos arts. 5, incisos XXI, LXX e LXXIII, e 8, III, da Constituição da República.

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

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

⁴⁴ As enumerações, contidas na Constituição e na lei, segundo Teixeira de Souza, Miguel, são meramente enunciativas, “A tutela jurisdiccional do consumo e do ambiente em Portugal”, *op. cit.*, nota 38, p. 392.

O direito luso ofereceu tratamento da maior relevância quanto à chamada legitimação concorrente e o exercício concomitante do direito de ação pelos legitimados. Dentro do esquema tradicional, a ocorrência da litispendência pressupõe identidade de causas, necessitando, assim, a coincidência de todos os elementos, ou seja, as mesmas partes, pedidos e causas de pedir. A aplicação clássica e literal conduz, naturalmente, à inexistência de litispendência, embora, de fato, a atividade jurisdicional esteja envolvendo a mesma lide e os mesmos interessados. Por essa razão, as várias entidades legitimadas devem ser consideradas as mesmas sob o ponto de vista da sua qualidade jurídica, com base no artigo 498, n. 2, do Código de Processo Civil português. Evita-se, desse modo, a pendência simultânea de várias ações coletivas relacionadas com a mesma lesão ou ameaça de lesão.⁴⁵

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

Quanto às associações, o sistema adotado em Portugal logrou romper com as amarras do individualismo e até do corporativismo, para abraçar a solução dos conflitos, a economia judicial e o amplo acesso à justiça, como valores superiores, na medida em que os entes associativos poderão defender em juízo não apenas os seus integrantes, mas todas as pessoas interessadas na causa. Como leciona Miguel Teixeira de Souza,⁴⁶ importa:

evidenciar a representação que é assumida por essas organizações: elas não representam os seus membros ou fundadores, mas todos aqueles que estão interessados na defesa e protecção de um interesse difuso e que podem ser afectados pela ameaça da sua ofensa ou pela sua violação efectiva. Quer dizer: o próprio interesse difuso é subjectivamente mais amplo do que a representação que essas organizações possuem em relação aos seus membros ou fundadores.

45 Nesse sentido, Teixeira de Souza, Miguel, “A tutela jurisdiccional do consumo e do ambiente em Portugal”, *op. cit.*, nota 38, pp. 400 e 401.

46 *Ibidem*, p. 395 e 396.

106 ACCIONES PARA LA TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS

As associações deverão, no entanto, gozar de personalidade jurídica, ou seja, estar constituída, consignar “expressamente nas suas atribuições ou nos seus objectivos estatutários a defesa dos interesses em causa no tipo de acção de que se trate” e não “exercerem qualquer tipo de actividade profissional concorrente com empresas ou profissionais liberais”.⁴⁷

A grandeza demonstrada na concessão de legitimidade aos indivíduos, associações e entes públicos, não se revela, todavia, em relação ao papel deferido ao Ministério Público. O problema não diz respeito à atuação do parquet português. Na Europa, em geral, a vinculação dos magistrados de pé ao Estado e às funções eminentemente penais ainda é predominante. Na ação popular lusa, nos termos do artigo 16, da Lei n. 83/95, reservou-se ao Ministério Público, em primeiro lugar, o duplo papel de fiscalização e de representação do Estado, dos ausentes, dos menores e dos demais incapazes, quando estiverem figurando como parte na causa. A atuação como parte está prevista, tão-somente, no n. 3, do artigo 16, da Lei 83/95, na medida em que, no “âmbito da fiscalização da legalidade, o Ministério Público poderá, querendo, substituir-se ao autor em caso de desistência da lide, bem como de transacção ou de comportamentos lesivos dos interesses em causa”.

No artigo 13, a Lei 83/95 estabeleceu, sob a denominação de regime especial de indeferimento da petição inicial, a possibilidade do julgador extinguir, *in limine*, o processo, após ouvir o Ministério Público e realizar eventuais averiguações, que sejam consideradas necessárias, quando considerar “que é manifestamente improvável a procedência do pedido”. Trata-se, aparentemente, de transposição da *mootness doctrine do direito norte-americano*.⁴⁸

O direito português adotou, ainda, no que diz respeito à vinculação dos interessados, o sistema de *opt-out*.⁴⁹ Por conseguinte,

47 Artigo 3 da Lei 83/95.

48 Robert H. Klonoff, *Class Actions and other Multi-Party Litigation, in a nutshell*, St. Paul, West, 1999, p. 18: “As a general matter, courts do not allow someone to serve as a class representative if his or her claim is moot”.

49 Denominou, o legislador português, a hipótese de defesa dos interesses alheios de “regime especial de representação processual”, conforme consta na rubrica do artigo 14,

estarão todos os demais titulares dos direitos individuais homogêneos ou interessados submetidos aos efeitos da coisa julgada coletiva, caso não tenham exercido, tempestivamente,⁵⁰ o direito de auto-exclusão, previsto no artigo 15, da Lei n. 83/95.

Para que a coisa julgada pudesse atingir os demais interessados, que não figurassesem como parte no processo, bem como propiciar o exercício do direito de exclusão, sem que houvesse lesão aos princípios do devido processo legal e do direito de ação e de defesa, foi estabelecida pelo legislador luso, no artigo 15, n. 1, da Lei da Ação Popular, a necessidade de comunicação prévia aos interessados, denominando-a, entretanto, com atecnia, de citação.⁵¹

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

Admite, contudo, expressamente, a lei portuguesa que a citação (*rectius* intimação ou simplesmente comunicação) seja:

feita por anúncio ou anúncios tornados públicos através de qualquer meio de comunicação social ou editalmente, consoante estejam em causa interesses gerais ou geograficamente localizados, sem obrigatoriedade de identificação pessoal dos destinatários, que poderão ser referenciados enquanto titulares dos mencionados interesses, e por referência à acção de que se trate, à identificação

cujo preceito é: “Nos processos de acção popular, o autor representa por iniciativa própria, com dispensa de mandato ou autorização expressa, todos os demais titulares dos direitos ou interesses em causa que não tenham exercido o direito de auto-exclusão previsto no artigo seguinte, com as consequências constantes da presente lei”.

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

51 Artigo 15. Direito de exclusão por parte de titulares dos interesses em causa

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

108 ACCIONES PARA LA TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS

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.⁵²

E, ainda, quando:

não for possível individualizar os respectivos titulares, a citação prevista no número anterior far-se-á por referência ao respectivo universo, determinado a partir de circunstância ou qualidade que lhes seja comum, da área geográfica em que residam ou do grupo ou comunidade que constituam, em qualquer caso sem vinculação à identificação constante da petição inicial, seguindo-se no mais o disposto no número anterior.⁵³

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

A Lei da Ação Pública estabeleceu a responsabilidade por violação dolosa ou culposa dos interesses tutelados, responsabilizando o agente causador pela obrigação de indenizar o lesado ou lesados pelos danos causados. Mas, não sendo as vítimas identificadas, proceder-se-á à fixação da indenização globalmente.⁵⁴ Os valores correspondentes a direitos prescritos são entregues e escriturados pelo Ministério da Justiça, que os utilizará para o pagamento da procuradoria e ao apoio, no acesso à justiça, para novas demandas coletivas.⁵⁵

52 Artigo 16, n. 2, da Lei n. 83/95.

53 Artigo 16, n. 3, da Lei n. 83/95.

54 Artigo 22, n. 1 e 2.

55 Artigo 22, n. 5.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- BARBOSA MOREIRA, José Carlos, “Ação Civil Pública”, *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, núm. 3., 1993.
- _____, “A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos”, in *Temas de Direito Processual*, São Paulo, primeira série, 1988.
- _____, “Ações Coletivas na Constituição Federal de 1988”, *Revista de Processo, Revista dos Tribunais*, São Paulo, núm. 61, janeiro-março de 1991.
- _____, *O novo processo civil brasileiro*, 21 ed., Rio de Janeiro, Forense, 2000.
- _____, “A proteção jurídica dos interesses coletivos”, in *Temas de Direito Processual*, São Paulo, terceira série, 1984.
- CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant, *Acesso à justiça*, trad. Ellen Gracie Northfleet, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1988.
- _____, *Competência cível da justiça federal*, São Paulo, Saraiva, 1998.
- _____, *Kollektiver Rechtsschutz im Prozessrecht und kollektive Klagen in Deutschland und Brasilien*, dissertação de mestrado, Frankfurt am Main, Johann Wolfgang Universität, 2000.
- GIDI, Antonio, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, São Paulo, Saraiva, 1995.
- GIUSSANI, Andrea, *Studi sulle “class actions”*, Milão, CEDAM, 1996.
- GONÇALVES DE CASTRO MENDES, Aluisio, “Ações coletivas no direito comparado e nacional”, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 2002.
- KLONOFF, Robert H., *Class Actions and other Multi-party Litigation in a Nutshell*, St. Paul, West, 1999.
- PELLEGRINI GRINOVER, Ada, “A tutela jurisdicional dos interesses difusos”, *Revista Brasileira de Direito Processual*, núm. 16, 1978.

110 ACCIONES PARA LA TUTELA DE LOS INTERESES COLECTIVOS

_____, “Recurso e acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal Ação popular e interesses individuais homogêneos”, *Direito do Consumidor*, núm. 27.

_____, *Código de Defesa do Consumidor, comentado pelos autores do anteprojeto*, 6a. ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2000.

SILVA ARAJO FILHO, Luiz Paulo da, *Ações coletivas, a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, Rio de Janeiro, Forense, 2000.

TEIXEIRA DE SOUZA, Miguel, “A tutela jurisdicional do consumo e do ambiente em Portugal”, in *Temas atuais do Direito Processual Ibero-americano, compêndio de relatórios e conferências apresentados nas XVI Jornadas Ibero-Americanas de Direito Processual*, Rio de Janeiro, Forense, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, “Relatório geral luso-americano”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Buenos Aires, núm. 2, 2002.

WATANABE, Kazuo et al., *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*, 6a. ed., Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Poder judiciário, crise, acertos e desacertos”, trad. Juarez Tavares, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1995.