

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Lisandra Demari

**A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO MEIO PARA A TUTELA JURISDICIONAL DOS
DIREITOS: LIQUIDAÇÃO E CUMPRIMENTO**

Porto Alegre

2008

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Lisandra Demari

**A AÇÃO CIVIL PÚBLICA COMO MEIO PARA TUTELA JURISDICIONAL DOS
DIREITOS: LIQUIDAÇÃO E CUMPRIMENTO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre.

Orientador: Prof.Dr. Danilo Knijnik

Porto Alegre
2008

Ao Marcelo, meu grande amor e companheiro.

AGRADECIMENTOS

Ao meu marido Marcelo, pelo carinho, amor, compreensão e, principalmente, por ser meu grande incentivador, em especial nos momentos de dúvidas e dificuldades.

Aos meus pais, Jovino e Jandira e meu irmão Evandro, pelo apoio sempre incondicional.

Ao meu orientador, pelas recomendações indispensáveis à conclusão deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho realiza uma análise sobre a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos pela via da ação civil pública, apresentando-a como um reflexo do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e adequada, exigindo o reconhecimento das distinções entre ilícito e dano e das cinco espécies de tutela (declaratória, condenatória, constitutiva, mandamental e executiva). Para a distinção entre estas, utiliza uma classificação baseada em critérios processuais, mas fortemente influenciada pelo direito material. Partindo, assim, da tutela jurisdicional e das relações entre direito material e processo, examina os direitos tutelados pela ação civil pública e os principais mecanismos que a caracterizam e conformam para, finalmente, abordar as formas de cumprimento das decisões proferidas em ações civis públicas e as especiais distinções entre o processo individual e o coletivo.

Palavras-chave: ação civil pública- tutela jurisdicional – processo coletivo

RIASSUNTO

Il presente lavoro fa una analisi sulla tutela giurisdizionale dei diritti diffusi, collettivi ed individuali omogenei attraverso la via d'azione civile pubblica, appresentandola come un riflesso del diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale effettiva e adeguata. Questa esige la riconoscenza delle distinzioni fra illecito e danno e delle cinque speci di tutela (dichiaratoria, condannatoria, costitutiva, mandamentale ed esecutiva). Per la distinzione fra di loro, si utilizza una classificazione basata sui criteri processuali, ma fortemente influenzata dal diritto materiale. Partendo, così, dalla tutela giurisdizionale e dai rapporti fra diritto materiale e processo, esamina i diritti tutelati dall'azione civile pubblica e i principali meccanismi che la caratterizzano e la mettono in conformità per appropciare le forme di compimento delle decisione proferite in azioni civili pubbliche e le specili distinzioni fra il processo individuale e il collettivo.

Parole-chiavi: azione civile pubblica - tutela giurisdizionale – processo collettivo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1. AÇÃO CIVIL PÚBLICA E TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS	14
1.1 Direito material, processo e tutela jurisdicional.....	14
1.2 O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e a ação civil pública	29
1.3 A distinção entre ilícito e dano e necessidade de reconhecimento das tutelas mandamental e executiva <i>lato sensu</i>	35
2. OS DIREITOS TUTELADOS PELA AÇÃO CIVIL PÚBLICA	42
2.1 Direitos ou interesses	42
2.2 Os direitos difusos	45
2.3 Os direitos coletivos	47
2.4 Os direitos individuais homogêneos.....	49
2.5 A distinção entre as espécies de direitos e os problemas daí decorrentes	51
3. AÇÃO CIVIL PÚBLICA: O MODO DE SER DO PROCESSO.....	55
3.1 Aspectos históricos: antecedentes no direito estrangeiro.....	55
3.2 A tutela coletiva antes da Lei da Ação Civil Pública no Brasil.....	70
3.3 Ação Civil Pública ou Ação Civil Coletiva.....	78
3.4 Questões controvertida na Ação Civil Pública.....	82

3.4.1 Legitimidade ativa	82
3.4.1.1 Justificativa teórica	82
3.4.1.2 As diferentes formas de legitimação	87
3.4.1.3 A natureza jurídica da legitimidade ativa na ação civil pública:	92
3.4.1.4 A legitimação do Ministério Público	96
3.4.1.5 A representatividade adequada	103
3.5 A coisa julgada	104
3.5.1.1 O efeito secundário da sentença de procedência.....	111
3.6 A litispendência, a conexão e a continência.....	111
4. AÇÃO CIVIL PÚBLICA: LIQUIDAÇÃO E CUMPRIMENTO.....	118
4.1 A função jurisdicional executiva.....	118
4.2 O cumprimento dos deveres de dar, fazer e não-fazer:	126
4.2.1 Medidas coercitivas: breve análise do direito estrangeiro.....	128
4.2.2 Medidas coercitivas no direito brasileiro: a multa	132
4.2.2.1 A multa fixada na tutela antecipada:.....	135
4.2.3 Outras medidas autorizadas : os mecanismos coercitivos e sub-rogatórios ..	137
4.2.4 A prisão?	139
4.3 O cumprimento das obrigações de pagar quantia	141
4.3.1 A liquidação de sentença	146
4.3.1.1 A liquidação nas ações que tutelam direitos difusos ou coletivos	150
4.3.1.2 A liquidação nas ações que tutelam direitos individuais homogêneos .	151
4.3.1.2.1 A liquidação individual	152
4.3.1.2.1 A liquidação coletiva	156
4.4 O destino do produto da execução: os Fundos de recuperação dos bens lesados.....	159

CONCLUSÃO.....	162
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	166

INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa a forma como se dá a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos pela via da ação civil pública, instrumento criado pela Lei nº 7.345/85 e profundamente alterado pelo Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90).

A doutrina costuma justificar a existência da tutela coletiva, da qual a ação civil pública é o mais conhecido representante no Brasil, com fundamento em duas espécies de argumentos. Os primeiros, ligados ao acesso à justiça, fundamentam-se na necessidade de existência de mecanismos aptos à resolução de conflitos de natureza coletiva, gerados por uma sociedade de risco massificada. A segunda espécie de argumentos liga-se à idéia de que a tutela coletiva visa à economia processual, já que, por intermédio de uma ação, pode-se resolver um grande número de conflitos.

Neste trabalho, sem descurar de tais aspectos, pretendemos enfatizar a ação civil pública como um reflexo do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, segundo o qual não basta a acessibilidade ao Poder Judiciário, sendo necessário que os meios colocados à disposição sejam os adequados para a efetivação do

direito material. Por isto, a ação civil pública deve se estruturar de forma adequada a tutelar os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Para tanto, no primeiro capítulo, examina-se a tutela jurisdicional, pois esta permite uma interação entre os planos do direito material e do direito processual, inserindo-se no quadro dos direitos fundamentais hoje constitucionalizados, porquanto a solução do problema das relações entre direito material e processo e dos contornos da tutela jurisdicional só pode ser bem encaminhada se adotarmos uma perspectiva de direito constitucional, uma vez que aí se situa o núcleo duro do direito fundamental à outorga de jurisdição¹.

Seguindo este enfoque, a ação civil pública é apresentada como um reflexo do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e adequada, exigindo o reconhecimento das distinções entre ilícito e dano e das cinco espécies de tutela (declaratória, condenatória, constitutiva, mandamental ou executiva). Para a distinção entre estas, novamente, é preciso lançar mão das relações entre direito material e processo, pois adotamos classificação baseada em critérios processuais, mas fortemente influenciada por aspectos do direito material. Como lembra Alvaro de Oliveira², a distinção entre as diversas espécies de tutela jurisdicional não é arbitrária, devendo atender aos princípios da efetividade e da segurança, *in abstracto*, e em concreto, aos princípios do dispositivo, da demanda e da adequação.³

¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.82.

² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O problema da eficácia da sentença. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 112, p. 9-22, out./dez. 2003, p.19.

³ Conforme ALVARO DE OLIVEIRA, O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.269, o princípio da segurança jurídica decorre diretamente da noção de Estado Democrático de Direito e da salvaguarda dos direitos fundamentais contra o arbítrio do Estado, razão pela qual o art.5º, inciso LIV estabelece que "ninguém será privado da liberdade ou de seus

Estabelecidas estas premissas, no segundo capítulo, passa-se a examinar os direitos tutelados pela via da ação civil pública, salientando-se as distinções entre estes e as conseqüências destas distinções.

No terceiro capítulo, inicialmente são apresentados aspectos históricos sobre a ação civil pública. Além disto, também são abordados os principais mecanismos processuais que determinam a conformação da ação civil pública, lembrando que esta espécie de ação se caracteriza pela representação em juízo de direitos alheios e pela extensão da coisa julgada a quem não participou do processo.

Finalmente, no quarto capítulo, são estudadas as formas de cumprimento das decisões proferidas em ações civis pública, pois, é com o cumprimento, que se dará a tutela dos direitos, enfatizando-se, neste aspecto, as especiais distinções entre o processo individual e o coletivo.

Neste ponto, justifica-se a escolha do tema, pois, em que pese sua relevância social, reconhecimento e sistematização pelo ordenamento jurídico positivo, a ação civil pública ainda não alcançou plenamente seus objetivos, em especial em razão da falta de compreensão de seus institutos que ainda são interpretados com base nos princípios do processo individual.

bens sem o devido processo legal", assegurando, no inciso LV, o contraditório e a ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Já a efetividade está ligada ao direito fundamental de acesso à jurisdição, não só como o direito a provocar a atuação do Estado na solução dos conflitos, mas também o de obter, em um prazo razoável, uma decisão justa e capaz de atuar eficazmente no plano fático. Já sob o foco da tutela jurisdicional, a norma principal da segurança diz respeito, especialmente, aos direitos fundamentais de defesa, enquanto a da efetividade impõe a superação de modelos ultrapassados de tutela jurisdicional para certas situações especiais, ditas lesivas do direito material, em prol de mais eficaz e rápida realização deste (conforme ALVARO DE OLIVEIRA, *Teoria ...*, p.135).

Por isto, reconhecida a existência de um processo coletivo, com fundamento constitucional, o que se pretende no presente trabalho é o reconhecimento de que, em se tratando de ações coletivas, as regras e os princípios a serem utilizados são aqueles decorrentes do chamado microssistema processual coletivo, composto especialmente pelo Código de Defesa do Consumidor, pela lei da ação civil pública, lei da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Estatuto do Idoso.⁴

⁴ Neste sentido, ver MAZZEI, Rodrigo. A ação popular e o microssistema da tutela coletiva. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 295, p. 263-280, nov./dez. 2007. Mazzei traz valiosa colaboração, sustentando que há no direito brasileiro um verdadeiro microssistema coletivo, composto por todos os diplomas que regulam o direito coletivo. Assim, não havendo previsão de determinada questão em diploma que compõe o microssistema da tutela coletiva, deve o intérprete buscar solução nas demais normas que, pela identidade principiológica, formam o microssistema de massa, aplicando-se o Código de Processo Civil apenas de forma residual, se não houver no microssistema coletivo norma que possa ser utilizada.

1 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A TUTELA JURISDICIONAL DOS DIREITOS

1.1 Direito material, processo e tutela jurisdicional

O presente capítulo busca estabelecer as bases teóricas para o estudo da forma como a ação civil pública tutela os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Para tanto, mostra-se necessário analisar as relações entre direito material e processo e como estas se refletem na idéia de tutela jurisdicional.

As relações entre direito material e processo há muito vem sendo estudadas pelos processualistas, guardando íntima conexão com o próprio desenvolvimento do processo civil como ciência autônoma.

A doutrina costuma dividir a evolução do direito processual em períodos. O primeiro representa a “pré-história”⁵ do processo civil, antes do aparecimento deste como ciência. Caracterizava-se pelo sincretismo jurídico, com a confusão entre os planos substancial e processual do ordenamento estatal⁶. Neste contexto, configurava-se a ação como um aspecto do direito material, representando o próprio direito material “encouraçado e armado para a guerra.”⁷

⁵ Expressão cunhada por Nicola Picardi, citado por MITIDIERO, Daniel Francisco. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p.17.

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 18.

⁷ Nas palavras de um *slogan* francês, citado por DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 40

Nos anos de 1856 e 1857, os romanistas alemães Bernhard Windscheid, da Universidade de Greifswald, e Theodor Muther, da Universidade de Königsberg, travaram célebre polêmica sobre a *actio* romana. O primeiro, sustentava que o sistema romano e o moderno eram fundamentalmente diversos, pois o romano, ao invés de ser um sistema de direitos, era um sistema de ações, não se chegando ao direito senão através da *actio*. Contestou, assim, o paralelismo entre a *actio* e a ação moderna, concluindo que aquela representa a pretensão, ou seja, uma situação jurídica substancial, distinta da ação e do direito subjetivo, configurando-se na faculdade de impor a própria vontade pela via judiciária. Já o segundo, reaproximou os conceitos romano e moderno de *actio* e ação, sustentando que em Roma havia prioridade do direito sobre a ação e que esta era o direito à prestação da tutela jurídica, tendo como titular passivo o magistrado e não o adversário.⁸

Esta discussão mostrou-se relevante porque despertou a doutrina para a existência de dois planos a serem estudados, o material e o processual, distinção que ganhou sistematização com a obra de Von Bülow, em 1868, tratando das exceções e pressupostos processuais, onde o autor demonstrou a autonomia entre a relação processual e a material.⁹

Nasce, assim, a fase autonomista ou processualista, quando o processo passa a ser reconhecido como ciência independente, desvinculando-se do plano do direito material, período em que são desenvolvidas as grandes teorias a respeito da

⁸ DINAMARCO, *Fundamentos...*, p. 42-43.

⁹ DINAMARCO, *Fundamentos...*, p. 41.

jurisdição, da ação e do processo. Como salienta Mitidiero¹⁰, nesta fase, o processo se caracteriza pela tecnicização do direito e pela despolitização de seus operadores, com o objetivo de criar um processo civil como instrumento puramente técnico, totalmente alheio a valores, retirando do direito processual todo e qualquer resíduo do direito material a fim de justificá-lo como ramo próprio e autônomo do sistema jurídico.¹¹

No entanto, assentadas as bases teóricas da ciência processual e sua autonomia, passaram os processualistas a se preocupar com o aspecto ético do processo, a sua conotação deontológica¹². Desenvolve-se, então, a terceira fase na história do processo civil, chamada por Dinamarco de instrumentalista, na qual o caráter eminentemente técnico e neutro do processo passa a ser negado, demonstrando-se sua permeabilidade aos valores tutelados pela ordem político-constitucional e jurídico-material e o reconhecimento de sua inserção no universo axiológico da sociedade a que se destina¹³.

Neste contexto, a atenção dos juristas volta-se, novamente, para o estudo das relações do processo com o direito material, uma vez que o processo deve ser adequado ao direito material, “não só ao direito material posto, mas também ao que

¹⁰ MITIDIERO, *Elementos...*, p. 18.

¹¹ SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.33, adverte que o resultado desta concepção é o de levar determinadas situações de direito material, embora resguardadas pelo ordenamento jurídico, a não encontrarem tutela jurisdicional adequada ou ficarem inteiramente excluídas de qualquer proteção judicial, redundando em situações de negativa de acesso ou de obtenção de prestação jurisdicional. De igual maneira, em certas circunstâncias, o resultado prático obtido não correspondia à efetiva realização do direito, uma vez que o provimento judicial, embora procedimentalmente correto, não era capaz de recompô-lo em sua integralidade.

¹² DINAMARCO, *Fundamentos...*, p. 23.

¹³ DINAMARCO, *A instrumentalidade...*, p. 24.

pretende o autor obter do processo e sua viabilidade frente à força normativa da Constituição”¹⁴.

Por isto, o estudo da tutela jurisdicional que fora abandonado no período processualista, em razão de sua relação com a idéia de que a ação seria o direito do autor obter em juízo o que lhe fosse devido, constituindo-se em uma projeção da premissa imanentista¹⁵, é retomado, especialmente a partir da década de 80 do século XX, quando as questões relativas à autonomia do processo civil não se apresentam mais no centro do debate, sendo substituídas pelos estudos acerca da efetividade do processo.

Tutela é proteção, amparo. A tutela jurisdicional é um dos meios estabelecidos pelo Estado para prestar tutela jurídica.

A tutela jurídica, como explica Dinamarco, representa a proteção que o Estado confere ao homem para a consecução de situações consideradas eticamente desejáveis segundo os valores vigentes na sociedade – seja em relação aos bens, seja em relação a outros membros do convívio. A tutela jurídica do Estado se desenvolve em dois planos: o da fixação de preceitos reguladores da convivência e o das atividades destinadas à efetividade destes preceitos.¹⁶

¹⁴ ZANETI JÚNIOR, Hermes. A teoria circular dos planos (direito material e direito processual). In: MACHADO, Fábio Cardoso; RIZZO AMARAL, Guilherme (Org.) *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 170.

¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, v. 2, p. 800.

¹⁶ DINAMARCO, *Fundamentos...*, 3. ed., v. 2, p. 812.

No primeiro plano, situa-se o direito material, estabelecendo as regras de convivência e as conseqüências que devem suceder à inobservância daqueles preceitos. Mas, sabendo-se que, mesmo com a fixação de sanções pela regras de direito material, estas podem restar sem efetividade, o Estado estabelece meios de atuação pelos quais se dispõe a impor imperativamente a observância das normas e as conseqüências da inobservância. Entre estes meios de atuação, inclui-se a tutela jurisdicional, assim como a atividade administrativa, mas elas não exaurem a categoria da tutela jurídica, já que, como dito anteriormente, a própria fixação das regras de convivência representa uma forma de tutela jurídica.¹⁷

O próprio Dinamarco define a tutela jurisdicional como o resultado do processo em que a jurisdição é exercida, não residindo na sentença em si mesma como ato processual, mas nos efeitos que ela projeta para fora do processo e sobre as relações entre pessoas. Complementa afirmando que “a tutela jurisdicional é o resultado do ato processual sobre a vida das pessoas e suas relações com os bens ou com outras pessoas em sociedade.”¹⁸

Bedaque sustenta que a tutela jurisdicional é o meio para efetivar os direitos previstos abstratamente no plano do direito material, consubstanciando-se no provimento jurisdicional que acolhe a pretensão de uma das partes, colocando em relevo o resultado do processo como fator de garantia do direito material.¹⁹

¹⁷ DINAMARCO, *Fundamentos...*, 3. ed., v. 2, p. 812.

¹⁸ *Ibid.*, p. 812.

¹⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 25.

Yarshell, por sua vez, lembra que a locução “tutela jurisdicional” designa o resultado final do exercício da jurisdição estabelecido em favor de quem tem razão, ou seja, de que está respaldado no plano do direito material.²⁰

E, finalmente, Alvaro de Oliveira afirma que a tutela jurisdicional é o resultado da atividade desenvolvida pelos órgãos do Estado que exercem jurisdição ou a tanto autorizados, visando à proteção do patrimônio jurídico, podendo este ser o direito material como o processual, como nas ações rescisórias, por causas puramente processuais.²¹

Em todos estes conceitos verifica-se a íntima relação entre a tutela jurisdicional e a proteção do direito material, o que poderia levar a crer que o termo analisado possui o mesmo significado que tutela de direitos. No entanto, a tutela jurisdicional não se confunde com a tutela de direitos porquanto aquela somente se dá com o exercício da jurisdição, enquanto esta se situa no plano do direito material, podendo ocorrer por meio da utilização do processo ou não. Por exemplo: a tutela do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pode se dar por meio do processo, com a utilização de uma ação civil pública que vise o fechamento de um fábrica que lance efluentes não tratados em um córrego, ou por meio da atividade administrativa, que determine o mesmo resultado (o fechamento da fábrica). No primeiro caso, a tutela do direito somente se dará após a prolação da sentença, com a efetivação da tutela jurisdicional. Já no segundo, ocorrerá diretamente no plano do direito material.

²⁰ YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 29.

²¹ ALVARO DE OLIVEIRA, *Teoria...*, p. 108.

Nas palavras de Alvaro de Oliveira, com a sentença, passa-se da tutela jurisdicional para a tutela do direito, mas em outro nível qualitativo, porque coberto o comando judicial pelo manto da coisa julgada, gozando da imperatividade própria da soberania que impregna a jurisdição.²²

Marinoni, por sua vez, faz uma leitura um pouco diferente do fenômeno, pois sustenta que a sentença e a decisão interlocutória refletiriam apenas o “modo” (técnica) pelo qual o direito processual tutela os diversos casos conflitivos concretos.²³ Aduz que as formas de tutela pertencem ao direito material e não ao processo. Assim como os demais doutrinadores, concorda que, além da tutela jurisdicional, existem outras formas de tutela dos direitos, o que pode ocorrer com a edição da norma material ou com a tutela administrativa. No entanto, afirma que não basta dizer que o processo deve atender ao direito material, mostrando-se necessário que o foco se coloque neste, implicando na adoção de uma postura dogmática que retira o relevo das normas atributivas de direitos para jogar luz sobre a esfera das tutelas, previstas no direito material.²⁴

Pensamos que a tese sustentada por Marinoni incorre em equívoco em dois aspectos: considera as formas de tutela jurisdicional como meras técnicas e desloca a discussão do plano do direito processual para o plano do direito material.

Como afirma Alvaro de Oliveira,

²² ALVARO DE OLIVEIRA, *Direito material...*, p. 312.

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 146.

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. In: MACHADO, Fábio Cardoso; RIZZO AMARAL, Guilherme (Orgs.). *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 214.

A postura metodológica adotada por Luiz Guilherme Marinoni transfere para o plano do direito material o que é ínsito ao direito processual, com o grave inconveniente de afastar os princípios próprios desse plano. Além disso, tende a retirar todo elemento axiológico do direito processual, que passa a ser visto mais como técnica, do que como realmente é: fenômeno cultural e posituação do poder, necessariamente embebido em valores (justiça, segurança, efetividade, etc). O perigo de tal visualização do problema está em dar força a uma concepção predominantemente tecnoburocrática do fenômeno processual, despida de carga axiológica, o que acarreta o risco de uma efetividade perniciosa, em detrimento da efetividade virtuosa, ao contrário do que seria desejável. A importância decisiva do aspecto axiológico pode ser compreendida se atentarmos, no trato do problema da tutela jurisdicional, à importância dos sobreprincípios da efetividade e da segurança. Nessa matéria, como de resto em todo o direito processual, um e outro exercem papel relevantíssimo, que de modo nenhum pode ser afastado ou ignorado.²⁵

Portanto, entendemos que a tutela jurisdicional deve ser compreendida como instituto do direito processual, guardando íntima relação com o direito material, porquanto, para sua construção mostra-se necessária a utilização de elementos contidos em ambos. Como salienta Maffini²⁶, no plano do direito processual, faz-se necessária a existência de um *iter* que percorra todas as fases do processo, a iniciar pela demanda proposta a fim de movimentar a Jurisdição, passando pela existência de todos os requisitos necessários para que haja o pronunciamento de mérito e culminando em tal pronunciamento, onde o órgão jurisdicional decidirá sobre a situação da vida trazida para o processo. Já no plano do direito material, aproveitam-se todos os elementos necessários para que, naquele pronunciamento final anteriormente mencionado, o órgão jurisdicional dê razão a quem efetivamente a tenha, seja o autor, seja o réu da ação proposta, uma vez que a tutela jurisdicional

²⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Direito material, processo e tutela jurisdicional. In: MACHADO, Fábio Cardoso; RIZZO AMARAL, Guilherme (Org.) *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 316.

²⁶ MAFFINI, Rafael da Cás. Tutela jurisdicional: um ponto de convergência entre o direito e o processo. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 76, p. 263-288, dez. 1999, p. 276.

não possui vinculação somente com demanda, mas também e principalmente com a situação material posta em causa.

Deste modo, discordamos daqueles que entendem necessária a ação de direito material para restabelecer o vínculo entre o direito material e o processo²⁷.

Ovídio Batista da Silva apresenta-se como um dos principais expoentes desta corrente doutrinária. O doutrinador gaúcho, inspirado em Pontes de Miranda, sustenta suas idéias nos conceitos de direito subjetivo, pretensão, ação de direito material e “ação” processual, identificando esta pelas aspas. Assim, define o direito subjetivo como o *status* jurídico de que goza seu titular, constituindo-se na faculdade que a ordem jurídica confere aqueles a quem o outorga para torná-lo efetivo pelo exercício, para defendê-lo contra as eventuais agressões de terceiros, para exigir o seu reconhecimento e realização pelos órgãos públicos incumbidos de prestar jurisdição, ou, finalmente, para renunciá-lo. Trata-se de categoria estática. Já a pretensão nasce com a possibilidade de se exigir a satisfação do direito, mas ainda é uma mera potencialidade de que o direito subjetivo se reveste, não implicando na idéia de exercício efetivo da pretensão. Se, todavia, o titular da pretensão exige do obrigado a satisfação e tal exigência torna-se infrutífera, nasce para o titular da pretensão a ação de direito material, que é o agir- não mais o simples exigir – por meio da qual o titular do direito poderá realizá-lo por seus próprios meios,

²⁷ MACHADO, Fábio Cardoso. Ação e ações: sobre a renovada polêmica em torno da ação de direito material. In: MACHADO, Fábio Cardoso; RIZZO AMARAL, Guilherme (Org.) *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 140, sustenta: “Parece-nos que a ação de direito material é precisamente a categoria capaz de restabelecer, dogmaticamente, o perdido vínculo entre o direito material e o processo. Neste caso, a negação da sua existência dificultaria a compreensão do preciso ponto de contato entre os dois planos, com inegável prejuízo para o propósito de recolocar o processo no devido lugar de instrumento de tutela dos direitos.”

independentemente da vontade ou de qualquer conduta positiva ou negativa voluntária do obrigado.²⁸ Pondera:

Certamente esse agir para a realização do próprio direito raramente é facultado ao respectivo titular sem que se lhe imponha a necessidade de veiculá-lo por meio da “ação”, processual, sob invocação de tutela jurídica estatal. Isso decorre da circunstância do monopólio da jurisdição pelo Estado, fenômeno esse de que deriva o surgimento de uma nova pretensão ao titular do direito subjetivo, agora dirigida contra o próprio Estado, para que este, verificando antes a existência do direito invocado, aja em lugar de seu titular, realizando-o.²⁹

Ovídio Batista da Silva nega que a existência da ação processual substitua a material. Ele entende que a realização coativa do direito, com absoluta prescindência da vontade do obrigado, é a mesma ação de direito material, realizada pelos órgãos estatais da jurisdição, razão pela qual não teria havido a supressão da ação de direito material, mas sim a duplicação de ações: uma dirigida contra o obrigado, outra endereçada contra o Estado para que este, por meio do juiz, pratique a ação cuja realização privada, pelo titular do direito, o próprio Estado proibiu. A “ação” processual, por sua vez, seria decorrente do agir do autor para obter a tutela jurisdicional. Mas o réu, que se defende, também tem pretensão de tutela jurídica. Esta se configura no poder atribuído a qualquer pessoa de exigir do Estado a prestação da atividade jurisdicional, mesmo que esta conclua por negar ao interessado a proteção que o juiz daria se a situação que o autor descreve no processo fosse verdadeira e não infirmada pela prova.³⁰

²⁸ SILVA, Ovídio Batista da. *Curso de Processo Civil*. vol.1. 4.ed.....p.78.

²⁹ SILVA, Ovídio Batista da. Direito subjetivo, pretensão, direito material e ação. In: *Direito material, processo e tutela jurisdicional*. In: MACHADO, Fábio Cardoso; RIZZO AMARAL, Guilherme (Orgs.) *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 20.

³⁰ SILVA, Ovídio Batista da. *Curso de Direito Processual Civil*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, v. 1, p. 88.

No entanto, a teoria da ação de direito material incorre em sérios equívocos. Recentemente, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira deu início à interessante polêmica com Ovídio Batista da Silva³¹, apontando, com precisão, tais equívocos.

O primeiro diz respeito à desconsideração, pelos defensores da ação de direito material, da característica mais marcante do ambiente processual, qual seja, a incerteza do direito litigioso, já que, posto em lide, o direito material torna-se obviamente incerto, assim como a ação de direito material.³² Ocorre que a ação de direito material pressupõe a existência do direito material ou o próprio direito subjetivo reagindo contra a agressão que lhe foi feita³³. Mas, se não é possível reconhecer a existência do direito antes do contraditório, fica difícil admitir a ação de direito material, pois, neste caso, a ação deveria ser sempre de procedência, já que, com a improcedência, ter-se-á declarado a inexistência tanto do direito material quanto da própria ação de direito material, fenômeno que seria ínsito ao direito material.³⁴

E mesmo o recuo dos defensores da ação de direito material a fim de afastar tal crítica, afirmando tratar-se esta de mera afirmação, torna ainda mais frágil o

³¹ A polêmica entre os dois doutrinadores gaúchos e seus discípulos está retratada na obra organizada por MACHADO, Fábio Cardoso; RIZZO AMARAL, Guilherme (Orgs.) *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

³² ALVARO DE OLIVEIRA, Direito material..., p. 295.

³³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Efetividade e tutela jurisdicional*. In: MACHADO, Fábio Cardoso; RIZZO AMARAL, Guilherme (Orgs.) *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 101.

³⁴ MITIDIERO, Daniel Francisco. Polêmica sobre a teoria dualista da ação (ação de direito material – “ação processual”): uma resposta a Guilherme Rizzo Amaral. In: MACHADO, Fábio Cardoso e RIZZO AMARAL, Guilherme (Org.) *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.130, questiona tal crítica, afirmando que a ação exercida pelo demandante em caso de improcedência da demanda foi

conceito, pois ação não se afirma; ação se exerce ³⁵. Neste caso, a afirmação da ação de direito material não passaria de um mero slogan, pois, depois de afirmada, o agir é realizado apenas por meio da ação processual.

Além disto, a visualização das relações entre direito material e processo pela via da ação de direito material apresenta face notadamente privatística porque põe todo o acento no conceito de ação de direito material, ignorando o que ocorre no plano processual e a força imperativa da sentença³⁶.

De qualquer modo, a objeção que entendemos mais pertinente à ação de direito material diz respeito à idéia de que o agir do juiz equivale à ação de direito material, uma vez que, depois de decidido o litígio, não reaparece a ação de direito material, porque a eficácia e a força da sentença decorrem do comando emitido pelo órgão judicial, que recai na esfera substancial das partes, em virtude do império decorrente da jurisdição e da soberania do Estado. O juiz não age; exerce atos de seu ofício, que podem conduzir a transformações no mundo sensível, mediante o exercício dos poderes que lhe são conferidos por regras de direito público, totalmente distintas das regras de direito privado. Assim, a alegada ação de direito material, uma vez julgada procedente a demanda, passa a ser confundida com o resultado do processo, ou com a tutela jurisdicional dispensada pelo Estado. De tal sorte, no quadro da realização do direito material, a introdução do conceito de ação de direito material constitui um desnecessário desdobramento do conceito de ação processual³⁷.

a “ação” processual, a todos assegurada como corolário indeclinável da inafastabilidade jurisdicional e não a ação de direito material.

³⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Direito material..., p. 297.

³⁶ Ibid., p. 297.

³⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, Efetividade..., p. 103.

Ora, tal concepção mostra-se totalmente inadequada aos direitos tutelados pela ação civil pública (pelo menos aos difusos e coletivos), já que, por exemplo, todos têm direito à tutela do meio ambiente, embora ele tenha que ser exercido, na forma jurisdicional, por um ente legitimado, mas ninguém possui pretensão de direito material ou ação de direito material contra o poluidor³⁸.

Em razão de tudo isto, é que reafirmamos a impossibilidade da ação de direito material ser utilizada para vincular o direito material e o processo. Por outro lado, como já salientado, não há dúvidas quanto à necessária interação entre os dois planos, uma vez que estes não apresentam independência absoluta, possuindo o processo natureza instrumental em relação ao direito material. A atividade jurisdicional gira em torno do direito material, partindo a tutela jurisdicional da realidade material e à ela devendo retornar.³⁹

Por isto entendemos que é no direito constitucional que se situa a adequada ligação entre o direito material e o processo. Como salienta Alvaro de Oliveira, a ponte entre o direito material e o processo se dá por meio do direito fundamental constitucional, instrumentalizado pela outorga de jurisdição e respectiva pretensão (ambas situadas no plano do direito público). Afirma o doutrinador

Os direitos de proteção ou de tutela, constituem direitos do titular do direito fundamental frente ao Estado para ser protegido da intervenção de terceiros. Seu espectro é amplo, abrangendo desde a proteção frente a ações de homicídio do tipo clássico até a proteção em face dos perigos do uso pacífico da energia atômica. Também os direitos a procedimentos judiciais e administrativos constituem essencialmente direitos a uma "tutela

³⁸ MARINONI, Da ação abstrata..., p. 248.

³⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Direito material..., p. 316.

jurídica efetiva” e a condição para que esta se realize é que o resultado do procedimento garanta os direitos materiais do respectivo titular do direito. De um modo geral, trata-se de direitos constitucionais frente ao Estado para que este realize ações positivas fáticas ou normativas, que tenham como objeto a delimitação das esferas dos sujeitos jurídicos de igual hierarquia como também a imponibilidade e a imposição dessa demarcação.⁴⁰

A tutela jurisdicional, portanto, deve se inserir no quadro dos direitos fundamentais hoje constitucionalizados,⁴¹ devendo ser lembrado que os direitos fundamentais exprimem os valores que o Estado não apenas deve respeitar, mas também promover, zelando pelo seu respeito, mediante uma postura ativa, sendo, portanto, devedor de uma proteção global daqueles.⁴² Eles constituem o caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito.⁴³ Daí decorre que qualquer poder do Estado tem uma obrigação (negativa) de se abster de ingerências no âmbito protegido pelos direitos fundamentais, como também uma obrigação (positiva) de levar a cabo tudo que sirva para a realização dos direitos fundamentais, inclusive quando não diga respeito a uma pretensão subjetiva dos cidadãos.⁴⁴

E estas idéias se inserem em uma nova fase do processo civil brasileiro, uma quarta fase metodológica, superando o instrumentalismo⁴⁵, qual seja, o formalismo-

⁴⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, *Direito material...*, p. 305.

⁴¹ *Ibid.*, p. 304-305.

⁴² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 356.

⁴³ *Ibidem*, p.35.

⁴⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, *Teoria...*p.84.

⁴⁵ RIZZO AMARAL, Guilherme. *A efetivação das sentenças sob a ótica do formalismo-valorativo: um método e sua aplicação*. Tese (Doutorado em Direito). – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2006, p. 27-28, faz pertinente crítica à visão instrumentalista, salientando que nesta toda a carga axiológica está adstrita ao campo social, permanecendo a ciência processual restrita à mera técnica, ficando os valores dependendo da apreensão pelo juiz. Segundo ele: “O fato é que a tentativa do processualista em retratar um pano de fundo ideológico e a partir daí deduzir os valores que devem orientar o processo, continua reservando à ciência processual o papel de mero receptáculo desta percepção individual, muito particular, do que seria o justo. Em suma: a ciência processual não contribuiria para indicar valores a serem ponderados pelo juiz (ou pelo intérprete), quem deve ter a sensibilidade, ou a criatividade, de percebê-los, reconhecê-los como tais e aplicá-los ao caso concreto. Já MITIDIERO, Daniel Francisco. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no*

valorativo⁴⁶, “cuja estruturação responde a valores, notadamente, aos valores encartados em nossa Constituição”⁴⁷. O processo vai dominado pelos valores justiça, participação leal, segurança e efetividade, base axiológica da qual ressaem princípios, regras e postulados para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação.⁴⁸

É dentro desta perspectiva metodológica que o presente trabalho se desenrola, entendendo que a tutela jurisdicional adequada e efetiva constitui-se em direito fundamental, razão pela qual a ação civil pública deve se estruturar de forma a tutelar adequadamente os direitos por ela protegidos.

marco teórico do formalismo-valorativo. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007, p.23 et seq., critica as principais bases do instrumentalismo, salientando que não pode mais se afirmar que à jurisdição cumpra tão-somente uma função declaratória da ordem jurídica pré-estabelecida pelo legislador, pois o juiz oferece ao mundo sempre algo de novo, sempre a reconstrução da ordem jurídica mercê do diálogo judiciário, gravada pelo selo da imperatividade da jurisdição. Da mesma forma, não se pode afirmar que o juiz, diante do direito material e do direito processual, encontra-se atado a uma pauta de legalidade, pois a pauta do direito contemporâneo é a juridicidade, que aponta à idéia de justiça, a qual forma o substrato material, ao lado da constitucionalidade e dos direitos fundamentais, do Estado Constitucional. O relacionamento entre o direito processual civil e o direito constitucional, de seu turno, também evoluiu sensivelmente. Para além da tutela constitucional do processo (constitucionalização das normas jurídicas fundamentais de processo) e da jurisdição constitucional, observa-se a incorporação, no âmbito do direito processual civil, do modo-de-pensar constitucional, com inequívoco destaque para o incremento teórico propiciado pela nova teoria das normas e para o processo civil encarado na perspectiva dos direitos fundamentais. Enquanto a primeira constitucionalização do processo teve por desiderato incorporar normas processuais na Constituição, a segunda, própria do nosso tempo, visa a atualizar o discurso processual civil com normas tipo-princípios e tipo-postulados, além de empregar, como uma constante, a eficácia dos direitos fundamentais para a solução dos mais variados problemas de ordem processual. Finalmente, a jurisdição não pode mais ser colocada como centro da teoria do processo civil, pois nesta perspectiva ignora-se a dimensão essencialmente participativa que a democracia alcançou na teoria do direito constitucional hodierno. Deve, então, ser substituída pela idéia de processo, pois para a solução deste concorrem, argumentativamente, todos aqueles que participam do feito.

⁴⁶ Como anota MITIDIERO, *Bases...*, p. 9, a expressão foi cunhada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, no ano de 2004, em seminários realizados no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e ressaí naturalmente da obra ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*

⁴⁷ MITIDIERO, op. cit., p. 32.

⁴⁸ *ibid.*, p. 32.

1.2 O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e a ação civil pública

O processo civil hoje não pode mais ser visto como mera técnica, devendo ser compreendido como “instrumento para realização de valores e especialmente de valores constitucionais”.⁴⁹ Neste modelo processual é preciso constatar, na Constituição Federal, qual é (ou, mais propriamente, qual *deve ser*) o modo de ser (de *dever-ser*) do processo civil, pois o plano constitucional delimita, impõe, molda, contamina o modo de ser do processo. Sua missão é aplicar o direito material, mas de acordo com os valores que a Constituição prevê.⁵⁰

Neste contexto, assume especial relevância o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, segundo o qual não só o legislador infraconstitucional é devedor de estruturas normativas e organizacionais que satisfaçam o direito à tutela jurisdicional, mas também o próprio órgão judicial tem idêntico encargo⁵¹.

Assim, para a realização deste direito não basta a acessibilidade ao Poder Judiciário, sendo necessário que os meios colocados à disposição sejam os adequados para a efetivação do direito material.

Ocorre que, a partir da metade do século XX, o mundo assistiu à massificação dos conflitos sociais, fruto do crescimento da produção, dos meios de comunicação

⁴⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo....*, p. 261.

⁵⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. *Amicus curiae*: um terceiro enigmático. São Paulo, Saraiva, 2006, p. 44.

⁵¹ MITIDIERO, Daniel Francisco. O direito fundamental à tutela jurisdicional satisfativa interinal de urgência no Estado Constitucional e o caso paradigmático do direito ambiental. In: PROCESSO civil

e consumo, com a multiplicação das lesões sofridas pelas pessoas, muitas vezes de forma repetida. Ao mesmo tempo, surgiram movimentos de defesa do meio ambiente, do consumidor, dos direitos civis, do patrimônio histórico, demonstrando o aparecimento da consciência de que determinados bens são fundamentais para a sociedade.

Neste novo contexto social, o processo civil clássico, de cunho individualista, não consegue mais outorgar a toda a gama de novos direitos então surgidos ou mesmo aqueles antigos, mas com nova roupagem (decorrente da massificação da sociedade), a efetividade pretendida. Em razão desta dificuldade e da relevância que estes direitos atingiram na sociedade contemporânea, passou a ordem jurídica a protegê-los, criando mecanismos processuais que possibilitam a alguns grupos, indivíduos ou instituições a sua defesa, independente da titularidade do direito material.⁵²

Foi assim que surgiu o chamado processo coletivo, cujo objeto é exatamente tutelar os direitos de natureza eminentemente coletiva (difusos e coletivos) ou aqueles individuais, mas que se apresentam de forma coletiva no processo (individuais homogêneos), especialmente porque este possibilita aos cidadãos a participação na reivindicação destes direitos. Como salienta Marinoni

Não basta pensar em direito de defesa, direito de proteção ou mesmo estabelecer direitos sociais. É também necessário conferir aos cidadãos a possibilidade de participação na vida social – por meios de canais legítimos

e estado constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 67. No mesmo sentido: MARINONI, *Técnica...*, p. 221.

⁵² Neste sentido DINAMARCO, *A instrumentalidade...*, p. 37, argumenta que a Lei da Ação Civil Pública é um reflexo da ordem constitucional vigente, sensível à relevância sócio-cultural de valores dessa ordem e à necessidade de oferecer efetivas garantias de sua preservação e fruição geral.

– para que os direitos sejam realmente respeitados pelo Poder Público e pelos particulares⁵³.

A doutrina costuma justificar o processo coletivo com base nas idéias de acesso à justiça e economia processual.

O acesso à justiça⁵⁴ pode ser visto sob vários aspectos. O primeiro, diz respeito à possibilidade de exame pelo Poder Judiciário de lesões ou ameaças de lesões a direitos que não possuem titular determinado, como os chamados direitos fundamentais de terceira geração ou dimensão. Sob outro enfoque, como lembra Gidi, examinando a experiência das *class actions* no direito estadunidense, as ações coletivas asseguram o acesso à justiça de pretensões que, de outra forma, dificilmente chegariam ao Poder Judiciário, como os casos em que a pessoa sofre um prejuízo financeiro reduzido, não se sentindo estimulada, pelo dispêndio de tempo e dinheiro, a recorrer ao Judiciário.⁵⁵

A economia processual também é privilegiada pelas ações coletivas, pois embora ela permita o acesso ao Judiciário de pretensões que, de outra forma, não seriam apreciadas, possibilita que uma multiplicidade de ações individuais repetitivas em torno de uma mesma controvérsia seja substituída por uma única ação coletiva.

Em um estudo elaborado por Roger Bernstein e citado por Gidi, demonstrou-se que a ação coletiva representa uma significativa economia processual em relação

⁵³ MARINONI, *Técnica...*, p. 102.

⁵⁴ O chamado movimento de acesso à justiça foi capitaneado por CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998, p.8, salienta que o sistema deve ser aberto a todos e produzir resultados individual e socialmente justos.

⁵⁵ GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 31.

a ações individuais, tanto com referência aos benefícios coletivos como aos benefícios individuais. Quanto ao primeiro aspecto, o valor econômico bruto e o valor simbólico (de exemplo para a sociedade) de uma ação coletiva são naturalmente muito superiores aos de uma ação individual. Quanto ao segundo, demonstrou-se, através de cálculos complexos e avaliações sofisticadas, que o valor em dinheiro recebido por cada membro do grupo, ainda que extremamente inferior ao recebido pelo autor de uma ação individual, representa, proporcionalmente, um menor custo processual, quando se considera que as despesas são divididas entre todos os membros do grupo.⁵⁶ Além disto, as ações coletivas podem cumprir um grande papel, no sentido de eliminar as disfunções decorrentes da existência de decisões contraditórias para situações fáticas absolutamente idênticas, na medida em que concentram a resolução das lides no processo coletivo, eliminando ou reduzindo drasticamente a possibilidade de soluções singulares contraditórias.⁵⁷

No entanto, embora as idéias de acesso à justiça e economia processual justifiquem o processo coletivo sob os aspectos sociológico e político, não explicam as principais questões relativas a estes processos, quais sejam, “quem” é o titular do direito, “como” se dará a “adequada representação” processual e “quem” será atingido pela imutabilidade e indiscutibilidade aderente à sentença como advento da coisa julgada⁵⁸.

⁵⁶ GIDI, *A class action...*, p. 28.

⁵⁷ CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 37.

⁵⁸ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil. processo coletivo*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2008, v. 4, p. 37.

Por isto, independente das justificativas sociológicas e políticas, entendemos que o fundamento do processo coletivo se encontra diretamente na Constituição, não só em razão do já aludido direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva e adequada, mas também porque a maioria das ações coletivas tem previsão constitucional, como a ação civil pública, a ação popular, o mandado de segurança coletivo, as ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidade⁵⁹. Ademais, vários dos valores defendidos por meio do processo coletivo têm fundamento constitucional, como a defesa do consumidor e a moralidade administrativa, por exemplo.⁶⁰ Por tal razão, muitos doutrinadores sustentam que a justificativa teórica para as ações coletivas seria a existência de um processo civil de interesse público⁶¹, que, no contexto de um Estado Democrático de Direito, legitime o ingresso de alguém em juízo para estabelecer um verdadeiro e efetivo diálogo entre o Estado-juiz e os destinatários do poder.⁶² Este interesse público, por sua vez, é identificado como aquele que transcende os meramente individuais e que se relaciona, intimamente, com os anseios da sociedade ou, quando menos, de grupos minimamente organizados.⁶³

Assim, reconhecida a existência de um processo coletivo, com fundamento constitucional, o que se pretende no presente trabalho é o reconhecimento de que,

⁵⁹ No sentido da inclusão das ações de controle da constitucionalidade como modalidades de tutela coletiva: ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2005; ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003 e DIDIER JÚNIOR, Freddie, OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. *Aspectos processuais da ADIN (ação direta de inconstitucionalidade) e ADC (ação declaratória de constitucionalidade)*. In: DIDIER JÚNIOR, Freddie (Org.) *Ações constitucionais*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2007.

⁶⁰ ALMEIDA, *Direito processual*, p.19-20.

⁶¹ SALLES, *Execução judicial...*, p. 60.

⁶² BUENO, *Amicus...*, p. 450.

⁶³ *Ibid.*, p. 471. No mesmo sentido, entendem DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, *Curso...*, p. 42, aduzindo que os aspectos que ressaltam a importância social dessas demandas são: a) a natureza

em se tratando de ações coletivas, as regras e os princípios a serem utilizados são aqueles decorrentes do chamado microsistema processual coletivo, composto especialmente pelo Código de Defesa do Consumidor, pela lei da ação civil pública, pela lei da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Estatuto da Criança e do Adolescente e Estatuto do Idoso.⁶⁴

Portanto, para solucionar um problema de processo coletivo, em uma ação civil pública, o caminho deve ser mais ou menos o seguinte: a) buscar a solução na Lei da ACP; b) buscar a solução no título III do CDC. Não existindo nestes, buscar nos demais diplomas que tratam do processo coletivo a *ratio* do processo coletivo para resolver a questão⁶⁵.

Da mesma forma, os princípios do processo civil individual sofrem uma releitura ao serem aplicados no processo coletivo. Neste sentido, Grinover sustenta que o acesso à justiça que, no processo individual, diz respeito exclusivamente ao cidadão, transforma-se em princípio de interesse da coletividade, impondo modificações no modo de ser do processo, na medida em que há alteração nos esquemas rígidos de legitimação e prevê a titularidade da ação por parte do representante adequado, portador em juízo de direitos de grupos, categorias, classes de pessoas. A universalidade da jurisdição também assume feição especial,

dos bens jurídicos envolvidos (meio ambiente, relações de consumo, ordem econômica); b) as características da lesão; c) o elevado número de pessoas atingidas.

⁶⁴ Neste sentido, MAZZEI, Rodrigo. A ação popular e o microsistema da tutela coletiva. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 295, p. 263-280, nov./dec. 2007, traz valiosa colaboração, sustentando que há no direito brasileiro um verdadeiro microsistema coletivo, composto por todos os diplomas que regulam o direito coletivo. Assim, não havendo previsão de determinada questão em diploma que compõe o microsistema da tutela coletiva, deve o intérprete buscar solução nas demais normas que, pela identidade principiológica, formam o microsistema de massa, aplicando-se o Código de Processo Civil apenas de forma residual, se não houver no microsistema coletivo norma que possa ser utilizada.

⁶⁵ DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, *Curso...*, p. 55.

pois é através do processo coletivo que as massas têm oportunidade de submeter aos tribunais as novas causas que, pelo processo individual, não teriam sequer como chegar à justiça. O princípio da participação igualmente se transforma, pois, enquanto no processo individual a participação se dá pelo direito ao contraditório, exercido diretamente pelo sujeito da relação processual, no coletivo a participação se faz pelo processo, e o contraditório se cumpre pela atuação em juízo do portador legitimado dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Recebem reforço, ainda, os princípios do impulso oficial e da instrumentalidade das formas. Finalmente, o princípio da economia, que preconiza o máximo de resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais também é ressaltado, na medida em que o processo coletivo visa “molecularizar” (expressão de Kazuo Watanabe), evitando a utilização de inúmeros processos para a solução de controvérsias similares.⁶⁶

1.3 A distinção entre ilícito e dano e a necessidade de reconhecimento das tutelas mandamental e executiva *lato sensu*

Tradicionalmente, a doutrina costumava confundir as categorias do ilícito e do dano. Tal concepção estava ligada às idéias vigentes no século XIX, quando o

⁶⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluísio; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 12-14.

dogma da liberdade, baseado no da igualdade formal de todos perante a lei⁶⁷, acarretou a universalização da tutela condenatória, que não se presta para impedir o ilícito e o dano, mas apenas para reparar, mediante compensação em dinheiro, o último.

No entanto, ao se tratar de ação civil pública, é preciso ter esta distinção bem clara, uma vez que, nos direitos difusos e coletivos (em alguns casos nos individuais homogêneos também), o objetivo maior é evitar o dano, sendo fundamental uma tutela que impeça ou remova o ilícito. Isto porque, em muitas hipóteses, a mera violação da norma, independente da produção ou não do dano, precisa ser sancionada por meio da adequada tutela jurisdicional. Assim, a simples violação de norma protetiva do meio ambiente, da saúde, do consumidor, da ordem urbanística, por exemplo, pode ser tutelada via judicial. O dano é algo absolutamente acidental na vida do ilícito; é ele uma consequência meramente eventual do ato contrário ao direito⁶⁸.

Portanto, além das questões atinentes à legitimidade e à coisa julgada (que serão tratadas oportunamente), é preciso atentar para a necessidade de reconhecimento de tutelas que realmente tragam efetividade aos direitos protegidos pela ação civil pública, não se prestando, para isto, a clássica classificação das

⁶⁷ Como lembra MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica (arts.461, CPC e 84, CDC)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.20-21, à luz dos valores do direito liberal é completamente inconcebível constranger alguém a fazer alguma coisa contra a própria vontade, uma vez que há uma nítida correlação entre a incoercibilidade do *facere* e os princípios da liberdade e da defesa da personalidade, próprios do jusnaturalismo e do racionalismo iluminista. Além disto, o Estado liberal, marcado por uma rígida delimitação dos seus poderes de intervenção sobre a esfera jurídica dos particulares, não podia conceber um juiz que detivesse o poder de ordenar alguém a fazer algo sob pena de coerção.

⁶⁸ MARINONI, op. cit, p. 25.

formas de tutela em declaratória, condenatória e constitutiva⁶⁹. Esta classificação está intimamente ligada aos valores do Estado liberal e da concepção do processo como algo totalmente desvinculado da relação de direito material.⁷⁰

Na tutela declaratória o pedido fica restrito simplesmente à declaração de existência ou não de uma determinada relação jurídica.⁷¹ Na condenatória, além de declarar o direito, o juiz condena o réu a prestar alguma coisa⁷², o que poderá ser exigido mediante a execução por sub-rogação, utilizada para seu cumprimento, quando desatendido o comando condenatório. Já na constitutiva busca-se a formação, a modificação ou a extinção de uma relação jurídica, sem a necessidade de uma ação executória posterior.⁷³

⁶⁹ Como lembra ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Efetividade e tutela jurisdicional*. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br>> Acesso em: 10 nov. 2005, p. 40., a distinção entre as diversas espécies de tutela jurisdicional não é arbitrária, devendo atender aos princípios da efetividade e da segurança, *in abstracto*, e em concreto, aos princípios do dispositivo, da demanda e da adequação. O princípio da segurança jurídica decorre diretamente da noção de Estado Democrático de Direito e da salvaguarda dos direitos fundamentais contra o arbítrio do Estado, razão pela qual o art.5º, inciso LIV estabelece que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, assegurando, no inciso LV, o contraditório e a ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Assim, a condenação é a tutela adequada quando se trate de agredir patrimônio alheio, que não pertença ao exequente, permitindo-se maiores possibilidades de defesa. Já quando o patrimônio a ser atingido é o do próprio autor, poderá ser manejada a tutela executiva *lato sensu*, como ocorre no despejo, por exemplo. Já a efetividade está ligada à idéia de acesso à jurisdição, devendo ser entendida, não só como o direito a provocar a atuação do Estado na solução dos conflitos, mas também o de obter, em um prazo razoável, uma decisão justa e capaz de atuar eficazmente no plano fático. Além destes dois princípios de caráter constitucional, também são relevantes para definir a tutela jurisdicional outros três princípios, de natureza processual: o princípio do dispositivo, que permite a opção pela espécie de tutela que a parte entender mais conveniente; o princípio da demanda, que impõe ao juiz ficar adstrito ao pedido do autor (salvo exceções previstas em lei), razão pela qual se o demandante optar pela condenação, não poderá o juiz conceder tutela mandamental e, finalmente, o princípio da adequação que exige a conformidade do instrumento ao direito material, compreendendo os aspectos subjetivos (algumas normas processuais podem variar de acordo com as partes, por exemplo, as relativas à legitimação processual, à competência, à presença de incapaz), objetivos (a natureza do bem jurídico material influi no regramento do processo, como se verifica na ação popular, no processo eleitoral, na arguição de inconstitucionalidade) e teleológicos (que interfere tanto na adaptação do procedimento às diversas funções da jurisdição quanto nos ritos internos a cada um dos processos. O procedimento deve ser adequado à necessidade do direito material).

⁷⁰ MARINONI, *Tutela específica*...p.33.

⁷¹ BATISTA DA SILVA, *Curso...*, v. 1, p. 162.

⁷² *Ibid.*, p. 172.

⁷³ BATISTA DA SILVA, *op. cit.*, p. 183.

Todavia, nenhuma destas mostra-se suficiente para tutelar os direitos defendidos por meio da ação civil pública, que se caracterizam, na maior parte das vezes, pela sua não-patrimonialidade. A condenatória, por relacionar-se com a execução por sub-rogação, somente mostra-se adequada para a reparação do direito violado ou o cumprimento das obrigações pecuniárias inadimplidas, não se prestando a impedir alguém de praticar um ilícito. A declaratória, por sua vez, limita-se a declarar algo a respeito de uma relação jurídica, igualmente mostrando-se impotente para impedir a prática do ilícito. Já a condenatória, por sua própria natureza, também não se presta a impedir o ilícito ou impor uma obrigação de fazer ou não-fazer.⁷⁴

Como sustenta Marinoni

As sentenças da classificação trinária, em outras palavras, não tutelam de forma adequada os direitos que não podem ser violados, seja porque têm conteúdo não-patrimonial, seja porque, tendo natureza patrimonial, não podem ser adequadamente tutelados pela via ressarcitória. Pior do que isso, a classificação trinária, por sua inefetividade, permite a qualquer um expropriar direitos não-patrimoniais, como o direito à higidez do meio ambiente, transformando o direito em pecúnia. Na verdade, e por incrível que possa parecer, um sistema que trabalha exclusivamente com as três sentenças clássicas está dizendo que todos têm direitos a lesar direitos desde que se disponham a pagar por eles⁷⁵.

Portanto, impõe-se o alargamento da classificação ternária para que se reconheçam as tutelas mandamental e executiva “lato sensu”.⁷⁶

⁷⁴ MARINONI, *Tutela específica...*, p. 39.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 9

⁷⁶ Importa salientar que questões históricas, de caráter constitucional, mas também processual, fizeram com que o sistema pátrio adquirisse um desenvolvimento muito diverso e superior ao alcançado pelos sistemas da Europa continental, que permaneceram atrelados à tutela ternária (declaratória, constitutiva e condenatória) e hoje buscam alternativas para resolver o problema da falta de efetividade destas para proteger determinados direitos ou ameaças de lesão. O primeiro aspecto que determinou esta conformação do sistema brasileiro diz respeito ao fato dos países da Europa continental aplicarem o sistema de jurisdição bipartida, com a existência de tribunais

Pontes de Miranda, em original estudo, elaborou a chamada teoria quinária, identificando, ao lado das já citadas, também as tutelas mandamental e executiva *lato sensu*, podendo-se conceituar a primeira como aquela em que o juiz atua emitindo ordens dirigidas à vontade da parte e não ao seu patrimônio, agindo por intermédio de meios de coerção, visando à satisfação imediata do pedido, enquanto na segunda, embora também haja emissão de ordens do juiz, estas atuam sobre o patrimônio do obrigado, dizendo respeito à passagem para esfera jurídica de alguém do que nela deveria estar, e não está.⁷⁷ A tutela mandamental é adequada para os deveres de abstenção e para as obrigações de fazer e não fazer, apresentando-se como a mais apta para o exercício das tutelas de caráter preventivo, com vistas a

administrativos, que limitam o âmbito de atuação do Poder Judiciário. Assim é na França, na Itália e na Alemanha, cada qual com suas nuances (Sobre o tema, consulte-se ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*, p. 89 et seq.). Por outro lado, formulou-se aqui a chamada “teoria brasileira do *habeas corpus*”, resultante do esforço de adaptação do instrumento do *habeas corpus* pelo Supremo Tribunal Federal, com o fito de não deixar sem remédio situações que não possuíam a tutela adequada, conferindo ao remédio caráter geral, alargando sua aplicação para fora do âmbito da restrição da liberdade pessoal (TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não-fazer*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 122). A reforma constitucional de 1926, no entanto, limitou a utilização do *habeas corpus* à proteção de liberdade de locomoção, deixando os outros direitos desamparados. A correção de rumo somente foi realizada com a Constituição de 1934 que previu expressamente o mandado de segurança, tutelando as situações antes tuteladas pela interpretação alargada do *habeas corpus*, embora restringindo-o às relações de direito público. Finalmente, a influência do processo comum português que, permaneceu estendendo seus efeitos no direito brasileiro até o final do século XIX também contribuiu para outorgar contornos especiais à tutela jurisdicional brasileira. Citando Liebman, Talamini (Ibid., p. 100-101) informa que Portugal, ainda muito cedo, compilou nas Ordenações do Reino as regras e princípios vigentes no direito comum. Depois de exauridas suas “melhores forças” no período das grandes viagens e descobertas, o país “fechou-se em si mesmo” e permaneceu relativamente alheio “às vicissitudes da vida européia”, razão pela qual seu direito manteve-se estável, atrelado às Ordenações. Com a invasão francesa, no século XVIII, o panorama alterou-se em Portugal. No Brasil, no entanto, como a família real aqui se estabeleceu, continuaram vigorando as regras calcadas no direito comum. Assim, o processo civil brasileiro, enquanto vigorou o “preceito cominatório” fiel à linha dos interditos, esteve, até certo ponto, alheio à tendência de rejeição ao emprego de meios coercitivos para imposição de deveres de fazer e não-fazer, influenciado, desta maneira, a criação e o desenvolvimento das tutelas mandamental e executiva *lato sensu*.

⁷⁷ ALVARO DE OLIVEIRA, O problema..., p. 20-21; WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não-fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.) *Reforma do CPC*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 44, salienta: “Através do provimento mandamental é imposta uma ordem ao demandado, que deve ser cumprida sob pena de configuração do crime de desobediência, portanto mediante imposição de medida coercitiva indireta. Isto, evidentemente, sem prejuízo de execução específica, que pode ser alcançada através de meios de atuação que sejam adequados e juridicamente possíveis, e que não se limitam ao pobre elenco que tem sido

impedir o ilícito, a lesão ou o agravamento da lesão.⁷⁸ A executiva *lato sensu* relaciona-se às obrigações de entregar e restituir, bem assim ao dever de restituir coisa certa, com o desrespeito ao direito de posse decorrente da propriedade. Também é adequada na obrigação de prestar declaração de vontade, além daquelas hipóteses em que a tutela mandamental não conseguiu atingir os seus objetivos, como ocorre no fechamento de estabelecimento comercial que causa poluição e não se adequou a medidas restritivas objeto de ordem judicial.⁷⁹

E as tutelas mandamental e executiva, embora negadas por parcela da doutrina,⁸⁰ assumem cada vez mais reconhecimento, pois como ressalta Darci Guimarães Ribeiro, “el origen de nuevos derechos exige em contrapartida el nacimiento de nuevas formas de tutela jurisdiccional, so pena de obstruir el desarrollo de la sociedad.”⁸¹

Assim, reconhecer as tutelas mandamental e executiva *lato sensu* significa outorgar maior efetividade ao processo, em especial à ação civil pública, que trata

admitido pela doutrina dominante. E aqui entra a conjugação do provimento mandamental com o provimento executivo *lato sensu*.”

⁷⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, *Direito material...*, p. 311.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 312.

⁸⁰ Entendem desta forma THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47.ed. Rio de Janeiro:Forense, 2007, v. 1, p. 582; SANTOS, Moacir Amaral dos. *Primeiras linhas de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 29; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo, Malheiros, 2002, v. 3, p. 242-245, devendo ser salientado que embora este autor Dinamarco admita que após a edição do Código de Defesa do Consumidor e da Reforma de 1994, que implantou o art.461, houve “uma decisiva abertura para o reconhecimento das sentenças mandamentais”, persiste afirmando que elas “por sua estrutura, função e eficácia compartilham da mesma natureza condenatória (Cintra-Grinover-Dinamarco), sem embargo do reforço de eficácia que lhes outorga a lei e MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966, v. 2. Já GUERRA, Marcelo Lima. Execução de sentença em mandado de segurança. In: ASPECTOS polêmicos e atuais do mandado de segurança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 602-658, sustenta que as sentenças se dividem em declaratórias, constitutivas ou executivas, incluindo nestas as condenatórias e as mandamentais.

⁸¹ RIBEIRO, Darcy Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*. Barcelona: J.M. Bosch, 2004.

diretamente de direitos ligados à coletividade, desvinculados da noção de patrimonialidade.⁸²

⁸² Importante salientar que as idéias aqui defendidas não significam a adesão ao sustentado por MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, no sentido da necessidade de reconhecimento das chamadas tutelas inibitória, de remoção do ilícito, ressarcitória, pois entendemos, com base nas lições de ALVARO DE OLIVEIRA, *Direito material...*, p. 310, que embora a situação substancial interfira na adoção da tutela jurisdicional, a questão da classificação das tutelas é processual, já que outros fatores, próprios do direito processual, interferem na definição da tutela, como o princípio da demanda e os sobreprincípios da efetividade e da segurança.

2. OS DIREITOS TUTELADOS PELA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

2.1 Direitos ou interesses

Antes de se adentrar na conceituação e caracterização dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, mostra-se necessário⁸³ fazer algumas observações sobre as expressões “interesses” e “direitos”, utilizadas como sinônimos no Código de Defesa do Consumidor.⁸⁴

A utilização do vocábulo “direito” recebeu críticas em razão da concepção clássica de direito subjetivo, que o identifica como um “interesse protegido pelo ordenamento jurídico, mediante um poder atribuído à vontade individual.”⁸⁵ Nesta concepção, o direito subjetivo estaria umbilicalmente ligado à vontade de seu titular, sendo inviável enquadrar a espécie dos difusos neste conceito, posto que estes apresentam titularidade indeterminada.⁸⁶

⁸³ Em que pesem as percuientes advertências de BARBOSA MOREIRA A ação..., p. 111, no sentido de que o mais relevante é a necessidade de proteção judicial eficaz, não importando tanto saber a que título se lhe há de dispensar tal proteção, não se pode deixar de dedicar alguns parágrafos a estabelecer a melhor terminologia a ser utilizada no decorrer de todo trabalho.

⁸⁴ WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p.623, fundamenta a opção dos elaboradores do Código em utilizar as duas expressões no argumento de que a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito os “interesses” assumem o mesmo *status* de direito, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca e uma diferenciação ontológica entre eles.

⁸⁵ GOMES, Orlando. *Introdução do direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro:Forense, 1998, p. 108.

⁸⁶ GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 17, afirma: “o que se percebe nas teorias daqueles que diferenciam o direito subjetivo do interesse superindividual é o ranço individualista que marcou a dogmática jurídica do século XIX: o preconceito ainda que inconsciente em admitir a operacionalidade técnica do conceito de direito superindividual. Isto porque os direitos superindividuais, pela indivisibilidade do seu objeto e

Mas, a categoria dos meros interesses também não se mostraria adequada, uma vez que nestes não haveria a possibilidade de se exigir a tutela judicial. Isto porque “caracterizam-se pela circunstância de se reportarem a anseios, aspirações, desejos, cuja realização não é incentivada, nem tampouco protegida ou mesmo defendida pelo Estado.”⁸⁷

Então, a doutrina italiana procurou aproximar os difusos dos chamados interesses legítimos⁸⁸, nos quais o interesse não se liga imediatamente ao indivíduo, só o afetando enquanto parte da coletividade, razão pela qual a proteção visa o interesse geral, atingindo o indivíduo apenas na sua qualidade de membro do Estado⁸⁹. Seriam chamados de “direitos reflexos” porquanto a norma não objetiva exatamente tutelar a situação individual, mas, se o indivíduo estiver situado no raio de abrangência dessa norma, pode merecer uma certa proteção diferenciada.⁹⁰

Estas idéias, em razão da grande influência exercida pela doutrina italiana, muito floresceram no Brasil. No entanto, esquecem seus defensores que o sistema italiano apresenta uma singularidade que não encontra similitude em nosso país,

“imprecisa” determinação da sua titularidade, se não enquadrariam exatamente na rígida delimitação conceitual do direito objetivo.

⁸⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 75.

⁸⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 23, p. 36-44, jul./set. 1981, p. 41, anota que a noção de interesse legítimo não é uma construção do direito brasileiro, mas sim das doutrinas italiana e francesa, em razão das peculiaridades desses sistemas jurídicos, nos quais o exame dos atos da administração pública são confiados à decisão dos tribunais administrativos.

⁸⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 95.

⁹⁰ MANCUSO, *Interesses...*, p. 76-77. O mesmo autor desenvolve o conceito, afirmando que a norma jurídica que protege os mananciais de água potável é direcionada à generalidade da população, uma vez que intenta preservar a qualidade de vida. Todavia, acaba conferindo uma proteção especial àquela parcela da população que habita nas proximidades desses mananciais e que, por isto, tem mais interesse na proteção destes.

posto que lá há uma repartição entre a jurisdição civil e a justiça administrativa. Assim, como lembra Alvaro de Oliveira⁹¹, a jurisdição brasileira se mostra mais aberta ao exame de qualquer tipo de pretensão, acolhendo não só os direitos subjetivos como também os chamados “interesses legítimos”.⁹²

Portanto, não há qualquer razão para que se adote entre nós a expressão “interesses”, já que nosso sistema jurídico acolhe os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, outorgando-lhes ampla proteção⁹³. E não se argumente que a origem individualista do termo possa impedir tal caracterização, pois como anota Rodrigues⁹⁴, é muito comum que conceitos tradicionais assumam novos conteúdos, não imaginados quando de sua concepção, como ocorreu, por exemplo, com as noções de Constituição, contrato e direito de propriedade.⁹⁵

⁹¹ ALVARO DE OLIVEIRA, *O formalismo...*, p. 96.

⁹² A Constituição de 1988, seguindo a tradição constitucional brasileira, garante, no art. 5º, inciso XXXV, o amplo acesso à Jurisdição.

⁹³ Em sentido contrário, SCARPINELLA BUENO, *Amicus Curiae...*, p.490, sustenta que a distinção entre “direito” e “interesse” tem, em função da dualidade que tradicionalmente reconhece-se aos termos, o mérito de evidenciar que nem sempre é possível subjetivar uma afirmação de direito em alguém determinado: ou porque um mesmo interesse pertence a mais de um indivíduo ao mesmo tempo, ou porque pertence a todos indistintamente ao mesmo tempo. Todavia, o mesmo autor concorda que tanto os interesse como os direito podem (e devem) ser tutelados em juízo, sendo a distinção muito mais ampliativa dessa proteção do que seletiva ou excludente.

⁹⁴ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 44.

⁹⁵ AMARAL, Francisco. Individualismo e universalismo no direito civil brasileiro: permanência ou superação de paradigmas romanos? *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, n. 71, p. 69-86, jan./mar. 1995, p. 83, chega a afirmar que, em razão das limitações impostas à propriedade no direito brasileiro contemporâneo, este que era direito subjetivo pleno e absoluto na conformação dada pela Revolução Francesa, passa se configurar como “simple interesse legítimo”. Embora discordemos da utilização do conceito de interesse legítimo no direito brasileiro, a afirmação do civilista se mostra relevante para demonstrar que os conceitos jurídicos sofrem constante processo de evolução.

Diante disto, neste trabalho adotaremos a expressão direitos⁹⁶, mesmo não desconhecendo que o sistema legal brasileiro utiliza indiscriminadamente as expressões direitos e interesses.⁹⁷

2.2 Os direitos difusos

O nosso ordenamento jurídico apresenta uma peculiaridade, pois, desde o advento do Código de Defesa do Consumidor, possuímos uma definição legal dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, no artigo 81 do citado diploma legal.

Direitos difusos são definidos legalmente como “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.”⁹⁸

Suas características básicas são⁹⁹:

⁹⁶ Neste sentido também sustentam DIDIER JR; ZANETI JR., *Curso...*p.88, afirmando que a distinção entre direitos e interesses levou parte da doutrina a sustentar a impossibilidade de serem tutelados pelo mandado de segurança coletivo “meros interesses”.

⁹⁷ A própria Constituição utiliza indiscriminadamente as duas expressões, posto que no art.129, refere-se a “interesses” no inciso III, enquanto no inciso V, fala em “direitos” e “interesses”.

⁹⁸ CDC, art.81, inciso I.

⁹⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: TEMAS de direito processual: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984, p.195, faz as seguintes considerações sobre os direitos difusos: “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 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

a) os titulares são indeterminados, não sendo raro que o direito vise proteger a própria humanidade, como no caso do meio ambiente¹⁰⁰;

b) a inexistência de um liame jurídico entre estes titulares, que se encontram unidos apenas por uma situação de fato, como por exemplo residir em uma mesma área ou assistir a uma mesma propaganda enganosa;

c) a indivisibilidade, não podem ser satisfeitos nem lesados senão de forma que afete a todos os possíveis titulares¹⁰¹;

de todos; e, reciprocamente, a lesão de um só constitui, *ipso facto*, lesão da inteira coletividade.” MANCUSO, *Interesses...*, p. 76-77 aponta como características dos direitos difusos: a indeterminação dos sujeitos; a indivisibilidade do objeto; a intensa conflituosidade e a duração efêmera, contingencial, sustentando esta última característica no argumento de que, “se não exercitados a tempo e hora, os interesses difusos modificam-se, acompanhando a transformação da situação fática que os ensejou.” Não compartilhamos das idéias do autor, pois embora a alteração fática realmente possa determinar a modificação dos direitos difusos, não serve esta característica para diferenciá-los das demais espécies. Já BENJAMIN, *A insurreição...*, p. 85, elenca como traços dos direitos difusos os seguintes: no plano da subjetividade ativa, a) a *transindividualidade real ou essencial plana* e b) a *indeterminação* de seus sujeitos, na perspectiva da objetividade, c) a *indivisibilidade ampla* e d) a *indisponibilidade*, no campo relacional-jurídico, e) o *vínculo meramente de fato* a unir os sujeitos; no âmbito político, f) *ausência de unanimidade social*, dado fundamental para apartá-los do interesse público, g) *organização possível, mas sempre subotimal*, traço esse atribuível à característica fática (dispersão) da argamassa que une os sujeitos-titulares; por derradeiro, na esfera da reparação, *ressarcibilidade indireta* (os sujeitos individualmente não são aquinhoados com o *quantum debeatur*, que vai para um fundo).

¹⁰⁰ A indeterminação dos titulares leva a doutrina a afirmar que estes “são de todos e não são de ninguém”. BENJAMIN op. cit., p. 84-85, com muita propriedade, ressalta que desta característica decorrem dois princípios: o da indivisibilidade dos benefícios (a utilidade do bem não é divisível entre os que o utilizam, impossibilitando a sua apropriação como exclusividade) e o da não-exclusão dos beneficiários (nenhum dos membros do grupo pode ser excluído de seus benefícios, a não ser que todos o sejam igualmente, dando ensejo ao surgimento da figura do “carona”, alguém que, sem qualquer esforço pessoal, é beneficiado – reflexa e gratuitamente – por atividade alheia. Estas circunstâncias fazem com o cidadão tenda a deixar que “os outros” busquem a tutela dos direitos difusos, fazendo com que, em geral, este seja defendido apenas por aqueles que se sentem diretamente afetados. Nas palavras do autor: “enquanto a poluição estiver circunscrita a áreas limitadas, os beneficiários do bem não se sentirão atacados, até que necessitem utilizar, diretamente, as águas poluídas. A poluição, por este prisma – embora sendo uma ofensa ao bem de todos – é vista apenas como um problema particularizado daqueles que, ao tentarem fazer uso direto do recurso, vêm seu exercício prejudicado. Com isso, as violações se multiplicam e o bem, em certos casos, acaba por ser destruído ou inviabilizado.

¹⁰¹ ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 20, abr./jun. 1995, p. 34. Já GRINOVER, Ada Pellegrini. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 97, p. 9-15,

d) a natureza extrapatrimonial, razão pela qual sua violação deve ser reparada, preferencialmente, com a restituição ao estado anterior. Apenas quando esta não for possível, admite-se o ressarcimento, feito por via indireta;

e) a indisponibilidade, posto que de titularidade indeterminada;

f) a sua tutela pode configurar a chamada “alta conflituosidade”, ou seja, quando há conflito entre direitos difusos, a solução deve se dar pelo método da ponderação de bens e valores concretamente colidentes.¹⁰²

São exemplos de direitos difusos: o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à manutenção da probidade administrativa; o direito dos consumidores de não serem expostos a publicidade enganosa ou abusiva.¹⁰³

2.3 Os direitos coletivos

jan./mar. 2000, p. 11, ressalta que em razão da solução do conflito ser, por natureza, a mesma para todo o grupo, se houvesse litisconsórcio entre os membros, trataria-se de litisconsórcio unitário.

¹⁰² BASTOS, A tutela..., p. 41, lembra que “a ampla conflituosidade ínsita em certas decisões empresariais ou ainda em determinadas opções políticas, nas quais se engajam unidos ou mesmo se consorciam o setor público e segmentos do setor econômico privado, constitui característica importante dos interesses difusos, conotação específica destes e desconhecida dos tradicionais conflitos de interesse de âmbito dual”.

¹⁰³ Alguns autores, como MAFRA LEAL, *Ações...*, p. 100 e GRINOVER, *Significado...*, p. 10, identificam os direitos difusos como direitos fundamentais de 3ª geração, ligados à idéia de fraternidade, de proteção da própria humanidade. Nas palavras de BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 523 os direitos fundamentais de 3ª geração: “não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num

Os direitos coletivos, definidos legalmente como os “de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”¹⁰⁴, apresentam as seguintes características¹⁰⁵:

a) os titulares são determináveis;

b) há um liame jurídico entre os titulares, que estão vinculados por uma situação jurídica base;

c) indivisibilidade. O direito coletivo significa a síntese dos membros do grupo e não o somatório de direitos individuais¹⁰⁶;

d) podem ou não ter caráter patrimonial.

e) são indisponíveis.¹⁰⁷

Watanabe salienta que a lei consumerista não adotou a posição de parcela da doutrina que entende ser a organização traço decisivo na configuração dos direitos

momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.”

¹⁰⁴ CDC, art.81, inciso II.

¹⁰⁵ BENJAMIN, A insurreição..., p. 95, estabelece como características dos direitos coletivos: a transindividualidade real ou restrita; a determinabilidade dos sujeitos; a divisibilidade externa e a indivisibilidade interna (possibilidade de apartar aquilo que pertence aos membros do grupo, categoria ou classe e o que é domínio de sujeitos alheios; a disponibilidade coletiva e a indisponibilidade individual (ou seja, a associação, pode, em princípio, dispor dos interesses e direitos decorrentes do associativismo, enquanto que tal possibilidade é negada aos membros do grupo; a relação jurídica-base a unir os sujeitos; a irrelevância da unanimidade social; a organização-ótima viável e a reparabilidade indireta.

¹⁰⁶ RODRIGUES, Ação..., p. 49.

¹⁰⁷ São exemplos de direitos coletivos: o direito dos alunos de uma escola a pleitear melhor qualidade de ensino; o direito da classe dos advogados de ter representante na composição dos Tribunais (CF, art.107, I).

coletivos¹⁰⁸, sustentando que, mesmo sem organização, os direitos coletivos, pelo fato de serem de natureza indivisível, apresentam identidade tal que, independentemente “de sua harmonização formal ou amalgamação pela reunião de seus titulares em torno de uma entidade representativa, passam a formar uma só unidade.”¹⁰⁹

2.4 Os direitos individuais homogêneos

Finalmente, a terceira espécie prevista no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor é a dos direitos individuais homogêneos, conceituados apenas como “os decorrentes de origem comum”¹¹⁰. De início, mostra-se necessário salientar que não se configuraram como direitos essencialmente coletivos ou transindividuais, posto que são meros direitos individuais, divisíveis, tratados de forma coletiva.¹¹¹ Os direitos individuais homogêneos são direitos subjetivos individuais tradicionais que

¹⁰⁸ Neste sentido MANCUSO, *Interesses...*, p. 60. e VIGORITTI, Vincenzo. *Interessi colettivi e processo*. Milano: Giufrè, 1979, p. 58-62.

¹⁰⁹ WATANABE, *Código...*, p. 628.

¹¹⁰ CDC, art.81, inciso III.

¹¹¹ ZAVASCKI *Defesa...*, p. 33, alerta com precisão sobre a freqüente confusão entre direitos coletivos, difusos e direitos individuais homogêneos. Salienta o autor: “Com efeito, o Código de Proteção e Defesa do Consumidor introduziu mecanismo especial para defesa coletiva dos chamados “direitos individuais homogêneos”, categoria de direitos não raro confundida com os direitos coletivos e difusos e por isso mesmo lançada com eles em vala comum, como se lhes fossem comuns e idênticos os instrumentos processuais de defesa em juiz. Porém, é preciso que não se confunda defesa de direitos coletivos (e difusos) com defesa coletiva de direitos (individuais). Direito coletivo é direito transindividual (= sem titular determinado) e indivisível. Pode ser difuso ou coletivo *stricto sensu*. Já os direitos individuais homogêneos são, na verdade, simplesmente direitos subjetivos individuais. A qualificação de homogêneos não desvirtua essa sua natureza, mas simplesmente os relaciona a outros direitos assemelhados, permitindo a defesa coletiva de todos eles”.

assumem dimensão social, seja em razão do grande número de interessados e das graves repercussões na sociedade, seja em razão da relevância dos valores envolvidos ou por motivos de ordem prática. Diante desta dimensão social são tratados por meio de tutela coletiva, mas sem perder a sua natureza individual, divisível, de titularidade identificada.¹¹²

Apresentam as seguintes características¹¹³:

- a) seus titulares são determinados, perfeitamente identificáveis;
- b) a ligação com os outros titulares decorre de uma origem comum;
- c) são divisíveis¹¹⁴;
- d) em geral tem natureza patrimonial, mas podem ser extrapatrimoniais.
- e) são disponíveis.¹¹⁵

¹¹² Veja-se que estas considerações não significam que os direitos individuais devam ser considerados uma “classe menor” dentro da tutela coletiva, pois, como bem ressalta CASTRO MENDES, *Ações...*, p. 221, a defesa coletiva dos direitos individuais atende aos ditames da economia processual, desafogando o Judiciário; amplia o acesso à Justiça e salvaguarda o princípio da igualdade da lei, ao resolver de forma única as causas consideradas repetitivas, que estariam fadadas a julgamento de teor variado.

¹¹³ BENJAMIN, *A insurreição...*, p. 96, propõe os seguintes elementos para os direitos individuais homogêneos: a) transindividualidade artificial (ou legal) e instrumental (ou pragmática); b) determinabilidade dos sujeitos; c) divisibilidade (os benefícios aceitam fruição individual); d) disponibilidade (quando a lei não determina o contrário); e) núcleo comum de questões de direito ou de fato a unir os sujeitos; f) irrelevância da unanimidade social; g) organização-ótima viável e recomendável; e h) reparabilidade direta, com recomposição pessoal dos bens lesados (permitindo-se, excepcionalmente, a *fluid recovery*.)

¹¹⁴ WATANABE, *Código...*, p. 627, lembra que nos direitos individuais homogêneos a relação jurídica nascida da lesão, ao contrário do que acontece com os difusos e coletivos, é individualizada na pessoa de cada um dos prejudicados, pois ofende de modo diferente a esfera jurídica de cada um deles.

¹¹⁵ São exemplos de direitos individuais homogêneos: os danos sofridos em razão do descumprimento de obrigação contratual relativamente a grande número de consumidores; prejuízos sofridos pelos aposentados pelo cálculo incorreto da correção monetária de seus

Assentadas as principais características das três espécies de direitos que podem ser tutelados de forma coletiva, mostra-se necessário que se examinem os critérios que devem ser utilizados nas distinções.

2.5 A distinção entre as espécies de direitos e os problemas daí decorrentes

Embora a legislação tenha definido as categorias ora tratadas com o fito de evitar discussões doutrinárias e jurisprudenciais que pudessem reduzir sua efetividade, a matéria não se apresenta de forma tão tranqüila na prática, especialmente porque um mesmo fato pode ensejar o nascimento de direitos de natureza diversa. A colocação no mercado de um produto nocivo à saúde, por exemplo, acarreta lesão ao direito difuso do consumidor de ter sua vida e saúde protegidas (art.6º, inciso I, do CDC). No entanto, se diversos consumidores tiverem adquirido o produto e sofrido danos em razão deste, haverá também lesão aos seus direitos individuais, que se colocam de forma homogênea, pois decorrentes de uma origem comum. Da mesma forma, a poluição causada pelo descarte de material tóxico em um rio viola o direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas também pode violar o direito individual homogêneo dos moradores da colônia de pescadores situada nas suas margens, que retiram dali sua sobrevivência.

proventos; prejuízos sofridos pelos contribuintes em razão do pagamento indevido de tributo inconstitucional.

Portanto, ao contrário do que possa parecer, os conceitos e as características antes apresentados se mostram de grande valia e precisam ser definidos com precisão a fim de se evitar que os institutos do processo coletivo sejam mal aplicados. E não é na forma como se apresentam no processo que devemos buscar as características do direito posto em causa, já que é o próprio direito material quem se reveste de tais atributos, ou seja, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é difuso por sua própria natureza; o direito da classe dos advogados de ter representantes nos tribunais é coletivo *stricto sensu* e o direito dos aplicadores em caderneta de poupança de ter seu dinheiro reajustado corretamente é individual homogêneo, independente da existência de um processo, porque o direito material está configurado antes da instauração da relação processual.

Não há como concordarmos com a tese sustentada por considerável parcela da doutrina no sentido de que a natureza do direito posto em causa será dada pelo objeto litigioso do processo ou em outras palavras “o que caracteriza um direito ou interesse como difuso, coletivo ou individual homogêneo é o tipo de pretensão deduzida em juízo.”¹¹⁶

¹¹⁶ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil e legislação processual civil extravagante em vigor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 1403. No mesmo sentido sustentam WATANABE, *O Código...*, p. 633, que explica sua posição, nos seguinte termos: “No plano sociológico, o conflito de interesses pode dizer respeito, a um tempo, a interesses ou direitos “difusos” e “individuais homogêneos”. Suponha-se, para raciocinar uma publicidade enganosa. Enquanto publicidade, a ofensa atinge a um número indeterminável de pessoas, tratando-se em consequência de lesão a interesses ou direitos “difusos”. Porém, os consumidores que, em razão da publicidade, tiverem adquirido o produto ou serviço ofertado, apresentarão certamente prejuízos individualizados e diferenciados, de sorte que estamos aí diante de lesão a interesses ou direitos “individuais homogêneos”. Limitando-se o autor da ação coletiva a postular, v.g., a retirada da publicidade enganosa, a tutela pretendida é dos interesses ou direitos “difusos”. É essa a “lide” processualizada. O objeto litigioso do processo, delimitado pelo pedido, tem essa “lide” como seu conteúdo.” Finalmente, BENJAMIN, *A insurreição...*, p. 100 também abona este entendimento.

Ocorre que este entendimento despreza a natureza instrumental do processo, pois entende que a conformação do direito material vai depender do processo.

Como bem sustenta Bedaque

Não parece correto, todavia, afirmar seja a tutela jurisdicional pleiteada o elemento a determinar a natureza do interesse deduzido em juízo. Ao contrário, é o tipo de direito que determina a espécie de tutela. Há tutelas preventivas e reparatórias para todo tipo de direito ou interesse. Tudo vai depender das circunstâncias do caso. Aliás, se não fosse assim, chegaríamos ao absurdo de afirmar que inexistem interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos fora do processo. Eles surgiriam apenas com a formulação da tutela jurisdicional¹¹⁷

Deste modo, a identificação da categoria de direito presente no processo, será dada pela análise da situação de direito material e não pela forma como o autor formula sua pretensão em juízo.¹¹⁸

Neste sentido, para se diferenciar os direitos coletivos propriamente ditos dos individuais homogêneos, o melhor critério a ser utilizado é o da indivisibilidade. Se for o direito objeto da ação indivisível, estaremos diante de um direito coletivo *lato*

¹¹⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 35. No mesmo sentido: ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2005, p. 26 e GIDI, *Coisa julgada...*, p. 17-18.

¹¹⁸ No entanto, a jurisprudência dos Tribunais Superiores vem entendendo no mesmo sentido apregoado por Nery Júnior, Watanabe e Benjamin, interpretando de modo extremamente largo o critério da indivisibilidade. Assim, se a ação coletiva se restringe a questionar o critério de reajuste de mensalidades, considera-se que o direito objeto da ação é coletivo e não individual homogêneo, que somente ficará configurado caso houvesse pedido de restituição dos valores pagos. Neste sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Corte Especial. Embargos de Divergência no Recurso Especial 1995/0046195-1. Relator: Ministro Paulo Costa Leite. Julgamento: 03 nov. 1999. *DJ* 22 nov. 1999, p. 141, entendeu o STJ que o reajuste de mensalidades escolares de enquadrava na espécie de direitos coletivos. No mesmo sentido o BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Resp 186008/SP. Relator: Min. Sávio de Figueiredo Teixeira. julgado em: 29 out. 1988. *DJ* 01 mar. 1999, p. 340, devendo ser considerado que em ambos os casos não há discussão acerca da natureza dos direitos postos em causa, mas apenas da legitimidade do ativa do Ministério Público. Também no STF há decisões de mesmo teor: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma Recurso Extraordinário, RE 190976/SP-SÃO PAULO, Relator: Min. Ilmar Galvão, julgamento: 31 out. 1997. *DJ* 06 fev. 1998 PP-00035 e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. RE 163231/SP-SÃO PAULO Relator: Min. Maurício Corrêa. julgamento: 26 fev. 1997. *DJ* 20 jun. 2001, p 55. Nesta ementa, consta a afirmação de que os direitos individuais homogêneos são subspeções dos direitos coletivos.

sensu. Se puder ser dividido, ou seja, se o resultado da ação não for necessariamente o mesmo para todos, o direito será individual homogêneo.

Já os direitos coletivos entre si (difusos e coletivos *stricto sensu*) podem ser diferenciados pela existência ou não de um vínculo jurídico, bem como pela determinabilidade ou não dos titulares.¹¹⁹

¹¹⁹ DENTI, Vittorio. Giustizia e partecipazione nella tutela dei nuovi diritti. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.) *Participação e processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988, p. 16, assevera: “Gli interessi difusi si distinguono, inoltre, dagli interessi collettivi, che sono tipici interessi di gruppo, imputabili a collettività organizzate per il perseguimento di interessi propri della categoria di appartenenza. Il criterio distintivo, quindi, non è dato della organizzazione degli interessi, Che può essere presente (ma non necessariamente) anche nel perseguimento degli interessi diffusi, ma dal carattere”corporativo”, in senso proprio, degli interessi medesimi.”

3. AÇÃO CIVIL PÚBLICA: O MODO DE SER DO PROCESSO

3.1 Aspectos históricos: antecedentes no direito estrangeiro

A compreensão dos institutos jurídicos contemporâneos pode ser largamente facilitada se os examinamos à luz de sua evolução histórica, pois “o presente melhor se esclarece quando se vai buscar suas raízes, situadas no passado.”¹²⁰

Como salienta Moreira Alves

nas ciências sociais, ao contrário do que ocorre nas físicas, o estudioso não pode provocar fenômenos para estudar as suas conseqüências. É óbvio que não se pratica um crime nem se celebra um contrato apenas para se lhe examinarem os efeitos. Portanto, quem se dedica às ciências sociais tem o seu campo de observação restrito aos fenômenos espontâneos, e o estudo destes, na atualidade, se completa com o dos ocorridos no passado.¹²¹

Neste contexto, o estudo da evolução da ação civil pública deve partir das origens mais remotas da tutela coletiva, que alcançam o direito romano.

A idéia de que a tutela coletiva tenha nascido em Roma pode causar, a princípio, algum espanto, tendo em vista o caráter individualista do direito romano. Todavia, como anota Mancuso¹²², embora a noção de Estado ainda não estivesse bem delineada na época, havia um forte vínculo natural entre o cidadão e a *gens*, ou

¹²⁰ TUCCI, José Rogério Cruz; AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 21.

¹²¹ MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971, v. 1, p. 14.

¹²² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 37.

seja, a falta de um Estado bem definido e estruturado era compensada pela relação entre o cidadão e a *res publica*, baseada no sentimento de que a última pertencia a cada um dos cidadãos romanos. É esta relação que explica o aparecimento e a aceitação da *actio popular* no direito romano.

Assim, não obstante a exigência ordinária de que o titular da *actio* fosse o próprio titular do direito material¹²³, de forma excepcional, o direito romano concebia esta particular categoria de ação, dita popular, a qual era outorgada ao cidadão para a tutela do interesse público.¹²⁴

Com o uso destas ações, os cidadãos romanos exerciam uma espécie de poder de polícia em forma jurisdicional porquanto colocavam em movimento a justiça para indagar, processar e condenar os transgressores do direito objetivo que interessava aos cidadãos, no que se referisse à segurança pública, à moralidade administrativa, ao patrimônio do Estado, ou ainda, ao patrimônio daqueles que podiam ser prejudicados pelos que administrassem em virtude de uma função pública, como por exemplo, os tutores. O exercício destas ações se justificava pelo interesse geral de cumprir a lei.¹²⁵

¹²³ É preciso que se tenha em mente que no direito romano não havia a chamada autonomia do processo porque os romanos não visualizam o direito subjetivo pelo seu aspecto substancial, mas sim pela ótica da ação com a qual o titular poderia tutelá-lo contra possíveis ofensas. Eles não afirmavam: `eu tenho um direito`, mas sim: `eu tenho uma ação`. Por isto, a *actio* dizia respeito apenas a quem tinha razão, de sorte de que o fato de ter ação indicava a titularidade do direito (TUCCI; AZEVEDO, *Lições...*, p. 45).

¹²⁴ LUGO, Andrea. Azione popolari. In: ENCICLOPEDIA del diritto. Milano: Giuffrè, 1959, v. 4, p. 861.

¹²⁵ BIELSA, Rafael. A ação popular e o poder discricionário da administração. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 157, jan./fev. 1955, p. 38.

Lugo fornece diversos exemplos de ações populares, tais como a ação de *sepulcro violato*, que podia ser exercitada por qualquer um, no caso de inércia do interessado contra o violador do sepulcro; a ação de *deiectis et effusis*, com a qual poderiam ser perseguidos aqueles que lançavam objetos na via pública; a ação de *positis et suspensis*, dirigida contra quem tivesse suspenso sobre o teto ou sobre uma sacada um objeto sem tomar as precauções necessárias para que não caísse em local público; a ação de *albo corrupto*, dirigida contra aquele que tivesse de forma dolosa violado um édito pretoriano e a ação *termine moto*, dirigida contra quem removesse os limites da propriedade privada.¹²⁶

A análise da natureza jurídica das ações populares romanas também leva à conclusão de que elas constituem a semente da tutela coletiva, pois, como sustenta Scialoja¹²⁷, embora as ações populares sejam propostas em razão do interesse popular, não o são em nome do povo, já que o demandante aciona o interesse público, mas não como procurador do povo, porquanto os direitos públicos defendidos não se concentram no povo considerado como entidade, mas sim tem como titular cada um dos participantes da comunidade. Deste modo, cada um destes participantes se apresenta como verdadeiro sujeito de direito, por mais que o direito corresponda por igual a todos os demais.¹²⁸

Portanto, embora de uma forma muito embrionária, pode-se afirmar que com a ação popular, os romanos já se preocupavam com a defesa dos direitos coletivos *lato sensu*, que eram representados pelo interesse público, mesmo que isto se

¹²⁶ LUGO, Azione..., p. 861.

¹²⁷ SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento civil romano*. Tradução Santiago Sentis Melendo, Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Europa-America, 1954, p. 476.

¹²⁸ *Ibid.*, p. 476.

desse ainda com um caráter acentuadamente privado, pois o demandante, não obstante perseguindo um ofensor do interesse público, recebia o valor da multa em caso de vitória. O fato de que, em alguns casos, a aplicação da pena pecuniária devesse reverter em favor do Estado, não o descaracteriza, porque, de qualquer forma, o autor poderia obter uma parte da multa a título de prêmio.¹²⁹

Como qualquer cidadão poderia demandar na defesa daquele direito, o procedimento das ações populares prevê a existência de um “filtro”, uma regra de admissão para o ajuizamento da ação. Assim, quando existissem vários cidadãos pretendendo acionar um mesmo direito, o magistrado deveria eleger, entre eles, o mais idôneo, levando em consideração aquele que apresentasse um verdadeiro sentimento de direito, aquele que tivesse melhores condições de garantir o exercício da ação na busca do interesse comum. No entanto, caso houvesse alguém, que além do interesse comum, também tivesse um interesse particular na causa, este seria o preferido, pois acumularia a qualidade de autor como particular e como cidadão.¹³⁰ E este juízo de admissão se mostra extremamente relevante, pois a coisa julgada formada em uma ação popular impede que se renove a ação, seja pelo seu autor original, seja por qualquer outro¹³¹. Portanto, pode-se dizer que os romanos já se preocupavam com uma das grandes questões relativas à tutela coletiva, qual seja, a representatividade adequada, que será analisada oportunamente neste trabalho.

¹²⁹ LUGO, Azione..., p. 861.

¹³⁰ Ibid., p. 478.

¹³¹ Ibid., p. 479.

Entretanto, antes de se chegar à atual concepção da tutela coletiva, cabe destacar o desenvolvimento desta no direito inglês, no qual muitos apontam a origem do instituto.

A grande maioria da doutrina¹³² indica o procedimento denominado *bill of peace*, estabelecido nos fins do século XVII, como o precursor histórico das modernas *class actions*.

Por razões históricas e políticas, o sistema de aplicação do direito na Inglaterra, até o ano de 1873, estava dividido em duas esferas: a *law of equity* e a *common law*.¹³³

Os tribunais de direito (*courts of law*), com o objetivo de simplificar a controvérsia e facilitar a tarefa do júri, não permitiam o litisconsórcio voluntário

¹³² Neste sentido: GIDI, Antonio. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales em Brasil*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, p. 17; FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil Procedure*. 3. ed. St.Paul: West Group, 1999, p. 738; LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, GRINOVER, Ada Pellegrini. Da “class action for damages” à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. *Revista de Processo*, São Paulo, v 101, jan./mar. 2001, p. 12 e TUCCI, José Rogério Cruz e. “Class action” e mandado de segurança coletivo. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 11.

¹³³ Sobre a origem da *equity*, RUBINSTEIN, Ronald. *Iniciación al derecho inglés*. Tradução de Enrique Jardí. Barcelona: Bosch, 1954, p. 376-377, revela que: “Aunque el *Common Law* de Inglaterra se fundaba, principalmente, em la aplicación del sentido común, los primitivos tribunales ingleses tenían una competencia muy limitada que únicamente podían ejercer de acuerdo com unas normas predeterminadas, ya que, todo el procedimiento judicial era rígido e inflexible. La persona perjudicada no podía pedir reparación por el *Common Law*, si aquella no podía otorgarse de acuerdo com aquellas reglas estrictas. Em términos generales podemos decir que se basaban em el principio que toda lesión exigía una compensación económica. Eran contados los casos em que el *Common Law* podía ofrecer una solución que no fuera la indemnización. [...] Para solucionar problemas de tal índole se creó lá práctica de formular um petición al Rey, solicitando justicia. Si esta solicitud estaba hecha em forma, se denominaba el Lord Canciller. Aunque eran lo jueces quienes administraban Justicia, éstos no podían privar al Monarca de su prerrogativa suprema de ejercer la *equity*, es decir, la Justicia o el Derecho, para com sus súbditos por lo que se confirieron al Lord Canciller atribuciones para reparar agravios y de aquí que al hacer uso el Lord Canciller de sus facultades se dijese que ejercía una *equitable jurisdiction* em vez de *legal jurisdiction* ya que se basaban em la *equity* y no em la *Law*. Poco a poco fueron creciendo las peticiones fundadas em la *equity* de manera que se formo um cuerpo de normas y se establecieron unos tribunales propios.

fundado meramente na existência de questões comuns. Já os tribunais de equidade (*courts of equity* ou *courts of chancery*) permitiam o litisconsórcio fundado na existência de questões comuns, mas, com o fito de evitar a multiplicidade de procedimentos e de conceder uma justiça o mais abrangente e completa possível, impuseram uma norma obrigando a intervenção compulsória de todas as pessoas interessadas no julgamento da lide, inclusive aquelas interessadas apenas de fato, sob pena de extinção do processo. Entretanto, no século XVII, as *courts of chancery* perceberam que a observância cega de tal norma, em alguns casos, produzia insuperáveis inconvenientes, e, em outros, era injusta. Isto porque, no caso de grande número de pessoas envolvidas, a intervenção de todos os interessados dificultava o andamento do processo. De outro lado, a simples recusa de uma das partes interessadas em comparecer em juízo impedia as demais de obter a prestação jurisdicional.¹³⁴

Por isto, passaram a admitir exceções à regra geral e criaram o *bill of peace*, que consistia em uma autorização para processamento coletivo de uma ação individual, sendo concedida quando o autor requeria que o provimento englobasse os direitos de todos que estivessem envolvidos no litígio, tratando a questão de maneira uniforme, evitando a multiplicação de processos.¹³⁵ O *bill* somente era permitido se houvesse um grande número de litigantes, cuja união fosse praticamente impossível ou impraticável; se todas as pessoas possuíssem uma comunhão de interesses e se as partes nomeadas tivessem condições de

¹³⁴ GIDI, *A class action...*, p.41.

¹³⁵ MAFRA LEAL, Márcio Flávio. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 23.

representar adequadamente os interesses dos ausentes.¹³⁶ Além disto, somente tinha cabimento perante a *Court of Chancery*, aplicando-se as regras da *equity*.¹³⁷

No entanto, Mafra Leal e Castro Mendes¹³⁸, com base nos ensinamentos de Stephen Yeazell, na obra *From medieval group litigation to the modern class action*, afirmam que as origens das ações coletivas são muito mais remotas, alcançando pelo menos cinco séculos antes do *bill of peace*.

Castro Mendes¹³⁹ relata que ainda no século XIII três aldeões, provocaram a prestação jurisdicional em benefício deles próprios e de toda a comunidade do povoado de Helpingham em face da comunidade da cidade de Donington, bem como da de Bykere, para que os demandados tivessem de assistir aos moradores de Helpingham na reparação local dos diques. Esta forma de prestação jurisdicional se tornou comum nos séculos XIV e XV, refletindo a organização social medieval.

No entanto, como lembra o mesmo autor,

não se encontra, até o século XV, qualquer debate em torno da legitimação de alguns para defender o direito das coletividades envolvidas, dos efeitos da coisa julgada ou de outras questões processuais. A aceitação espontânea da respectiva representação ou legitimação extraordinária, durante a Idade Medieval, é a característica constante e básica desse período. As ações de grupo não eram objeto de discussão, justificação ou teorização, razão pela qual se pode dizer que o emprego e admissibilidade das mesmas eram realizados de modo inconsciente.¹⁴⁰

¹³⁶ FRIEDENTHAL; KANE; MILLER, *Civil...*, p. 738.

¹³⁷ TUCCI, *Class action...*, p. 11.

¹³⁸ MAFRA LEAL, op. cit., p. 24-26; CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 44-47.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 44-47.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 44.

Para Mafra Leal¹⁴¹, neste período não havia questionamentos sobre a representação de direitos alheios, uma vez que o direito material era relativamente compartilhado pela comunidade, ou seja, o membro da comunidade não representava os demais, mas sim a própria coletividade. Por tal razão, a ação coletiva medieval teria originado as ações para a defesa dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu*.

Já o *bill of peace* teria originado as ações que têm por objeto vários e independentes direitos individuais tratados processualmente de uma só vez, visando a evitar a multiplicação de litígios. Isto porque o seu surgimento coincide com o aparecimento do individualismo, já que, a partir do século XVI, o indivíduo torna-se o centro do mundo e a noção de direito subjetivo passa a dominar o direito, ecoando na necessidade de se criar uma teoria de legitimação para o ajuizamento das ações de grupo.

Neste contexto, ocorre o declínio dos litígios de grupo na Inglaterra a partir do século XVII¹⁴², uma vez que se exige a existência de um interesse comum para o ajuizamento de tais ações, sendo que a interpretação do que seria este interesse se torna cada vez mais rigorosa. Assim, em que pese a previsão formal das *representative actions* na Regra 10 das *Rules of Procedure*, quando da unificação das jurisdições da *equity* e da *common law*¹⁴³, o final do século XIX e o início do

¹⁴¹ MAFRA LEAL, *Ações...*, p. 25.

¹⁴² Importa salientar que embora a doutrina costume fixar o século XVII como o marco inicial na história das ações de classe, CASTRO MENDES, *Ações...*, p. 46, sustenta que foi o brotar do debate acerca das ações de grupo, em especial quanto à sua legitimação, que ensejou para alguns historiadores a compreensão de que apenas naquele momento estivessem surgindo os primeiros casos de litígios coletivos, quando, na verdade, estavam apenas mais evidentes, em razão das reservas e defesas que foram lançadas sobre si.

¹⁴³ Como lembra TALAMINI, *Tutela relativa...*, p. 82-83, na Inglaterra os dois sistemas foram unificados com os *Judicature Acts*, entre 1873 e 1875.

século XX marcaram praticamente o desaparecimento das ações coletivas na Inglaterra por longo período.¹⁴⁴

No século XX foram revitalizadas a partir da experiência americana, que será brevemente analisada, em razão de sua grande influência no sistema jurídico em geral,¹⁴⁵ e no brasileiro em especial, pois influenciou a conformação da ação civil pública, além de ser considerada um precedente para a criação da ação coletiva destinada à reparação dos danos individuais a consumidores, prevista nos arts. 91 a 100 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

Os Estados Unidos, como ex-colônia inglesa, herdaram sua tradição jurídica, recebendo as ações coletivas, conforme praticadas na Inglaterra. Todavia, no século XIX, enquanto as ações coletivas floresciam nos Estados Unidos, tornavam-se raras na experiência inglesa.¹⁴⁶

Em 1842, a Suprema Corte americana promulgou a *Equity Rule 48*¹⁴⁷, considerada como a primeira norma escrita relacionada com a *class action* nos Estados Unidos.

¹⁴⁴ CASTRO MENDES, op. cit., p. 48.

¹⁴⁵ Anota MAFRA LEAL, *Ações...*, p. 154 que a Regra 23 americana, que regulamenta as *class actions*, foi o instrumento processual que mais influenciou os estudiosos da ação coletiva, servindo de fonte inspiradora direta e indireta a vários outros sistemas jurídicos, como os de Québec, França, Brasil, Itália, Alemanha, Austrália e Nova Zelândia.

¹⁴⁶ *Ibid.*, p.149.

¹⁴⁷ A *Equity Rule 48* estabelecia: "Where the parties on either side are very numerous, and cannot, without manifest inconvenience and oppressive delays, in the suit, without manifest inconvenience and oppressive delays, in the suit, be all brought before it, the court in its discretion may dispense with making all of them parties, and may proceed in the suit, having sufficient parties before it to represent all the adverse interests of plaintiffs and the defendants in the suit properly before it. But in such cases the decree shall be without prejudice to the rights and claims of all the absent parties.", texto obtido em CASTRO MENDES, *Ações...*, p.66.

Em 1912, a *Equity Rule 48* foi revogada pela *Equity Rule 38*,¹⁴⁸ que manteve a aplicação nos casos de equidade, mas suprimiu a referência aos efeitos não vinculativos em relação aos membros da classe que não estivessem presentes como parte no processo. No entanto, o instituto somente adquiriu real importância a partir da edição da Regra 23 da *Federal Rule of Civil Procedure*, em 1938, que fixou as regras fundamentais da *class action*, quais sejam: ela seria admitida quando fosse impossível reunir todos os integrantes da *class*; caberia ao juiz o controle sobre a representação adequada e ao juiz também competiria a aferição da existência da comunhão de interesses entre os membros da *class*.¹⁴⁹

Em razão da natureza diversa dos direitos previstos na Regra 23¹⁵⁰, a doutrina, capitaneada por James Moore, membro do Comitê Consultivo de Regras Processuais, passa a classificar as *class action* em três espécies distintas: true, quando o direito é absolutamente comum a todos os membros do grupo,¹⁵¹ apresentando-se de forma indivisível; e também quando os direitos estão subordinados e os legitimados ordinariamente se recusam a ir a juízo para a tutela do bem¹⁵²; hibrid, quando os direitos dos membros da *class* são distintos, mas relativos a um mesmo bem, ou seja, os membros da *class* têm um interesse comum,

¹⁴⁸ TARUFFO, Michele. I limiti soggettivi del giudicato e le class action. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 24, 1969, p. 619 relata os requisitos essenciais das *class action*, previstos na *Rule 38*: a impossibilidade de participarem do processo todos os membros da classe; a adequada representação da classe pelos sujeitos que se apresentam formalmente em juízo e a presença de uma questão de fato ou de direito comum a todos os membros da *class*.

¹⁴⁹ GRINOVER, Da class action..., p. 12

¹⁵⁰ TUCCI, *Class action...*, p. 13, leciona que a natureza do direito poderia ser: "(1) *joint, or common, or secondary*, na hipótese do titular do direito primário se recusar a defendê-lo, sendo que, nesse caso, o membro da classe se torna legitimado a proceder à defesa; (2) *several*, e o objeto da ação contiver várias pretensões que afetem ou possam afetar determinado bem envolvido na demanda; ou (3) *several*, e houver uma questão comum de direito ou de fato afetando diversos direitos, reclamando decisão uniforme.

¹⁵¹ *Ibid.*, p. 13.

¹⁵² CASTRO MENDES, *Ações...*, p. 70.

não obstante a diversidade dos direitos¹⁵³ e *spurios* quando os membros da *class* são titulares de direitos diversos e distintos, mas dependentes de uma mesma questão de fato ou de direito e postulam um provimento de idêntico conteúdo¹⁵⁴.

Esta classificação, embora possa parecer meramente acadêmica, mostrava-se essencial em razão dos efeitos da sentença e da legitimidade ativa, que variavam de acordo com a espécie de *class action* de que se tratava.¹⁵⁵

Diante da diversidade de efeitos que haveriam de ocorrer caso se estivesse frente a uma ou outra espécie de *class action*, era necessário que o juízo estabelecesse a espécie de ação de que tratava. Ocorre que esta definição apresentava grandes dificuldades, especialmente porque, na prática, os termos utilizados pela Regra 23 se mostraram obscuros e incertos, fazendo com que os Tribunais encontrassem obstáculos ao aplicá-los.

Portanto, em razão das incertezas e descontentamentos, a Suprema Corte Americana, em 1966, alterou a Regra 23, nas *Federal Rules*. Na sua redação atual, ela está repartida em oito alíneas (de “a” até “g”)¹⁵⁶, que fixam os contornos da *class action*.¹⁵⁷

Estabelece, inicialmente (na alínea “a”), os pressupostos para a propositura das *class actions*, prevendo que um ou mais membros de um classe podem

¹⁵³ TARUFFO, I limiti..., p. 624.

¹⁵⁴ Ibid., p. 625.

¹⁵⁵ Ibid., p. 623.

¹⁵⁶ Após 1966, a *Rule 23* sofreu pequenas alterações em 1987, 1998 e 2003, mas que não modificaram seus aspectos substanciais.

¹⁵⁷ Disponível em: <<http://judiciary.house.gov>> Acesso em: 10 dez. 2006.

demandar ou serem demandados, como representantes se: (1) a classe for tão numerosa que a reunião de todos os membros for impraticável; (2) há questões de direito comuns a toda a classe; (3) as demandas ou defesas das partes representativas são típicas das demandas ou defesas da classe e (4) as partes representativas irão proteger justa e adequadamente os interesses da classe.¹⁵⁸

Além de preencher os requisitos citados anteriormente para o ajuizamento, uma *class action* somente poderá prosseguir se estiver definida como uma das três modalidades previstas na Regra 23, ou seja, **(1)** se o ajuizamento de ações separadas por ou contra membros individuais da classe puderem criar o risco de: (a) dar ensejo a julgamentos inconsistentes ou contraditórios em relação aos membros individuais da classe, de modo a estabelecer padrões de condutas incompatíveis para a parte que se opõe à classe¹⁵⁹; (b) dar ensejo a julgamentos com relação aos membros individuais que prejudiquem os interesses de outros que não são parte no julgamento ou, ainda, que impediriam ou prejudicariam, substancialmente, sua capacidade de defender seus interesses¹⁶⁰. No caso do (b)(1)(a) estaríamos diante

¹⁵⁸ FRIEDENTHAL; KANE; MILLER, *Civil...*, p. 741 formulam uma série de questões que devem ser respondidas de modo afirmativo para que uma ação seja admitida como *class action*. São elas: "(1) Is there an identifiable class? (2) Are those purporting to represent that class members? (5) Are the claims or defenses of the representatives of the class typical of those of other class members? (6) Will the representatives adequately represent and protect the interests of the abstent class members?"

¹⁵⁹ Esta espécie de *class action* impõe-se quando há a necessidade de que as decisões judiciais não criem incompatibilidades no padrão de conduta imposta ao demandado. Assim, CASTRO MENDES, *Ações...*, p. 86, cita o exemplo de vizinhos que pleiteassem determinações proibitivas em relação a determinado proprietário de terra, em razão da perturbação da paz ou da tranquilidade, afirmando: "pode-se, perfeitamente, imaginar a confusão que seria se fossem propostas ações individuais, quando um juiz julgasse procedente o pedido e outro improcedente. Conseqüentemente, o proprietário não poderia, segundo o primeiro pronunciamento, continuar a agir como anteriormente, mas, ao mesmo tempo, estaria autorizado, pela outra decisão, a prosseguir com a conduta previamente estabelecida."

¹⁶⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. As "class action" norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 82, abr./jun. 1996, p.97, nos dá como exemplo desta espécie de ação a utilizada por um acionista para evitar a realização de assembléia de uma dada sociedade anônima, pois o resultado desta demanda irá atingir todos os demais acionistas, mesmo aqueles que não participaram do processo. Já CASTRO MENDES, op. cit., p. 88, exemplifica com as ações versando sobre o direito a dividendos, porquanto a

de hipótese em que o não ajuizamento da ação coletiva prejudicaria o réu, enquanto no (b)(1)(b), haveria haveria prejuízo aos demandantes.¹⁶¹ Também se configura a *class action* quando **(2)** a parte que se opõe à classe agiu ou recusou-se a agir em parâmetros aplicáveis à classe em geral, sendo adequada a condenação em obrigação de fazer ou não-fazer ou a correspondente sentença declaratória com relação à classe como um todo¹⁶². Finalmente, restará caracterizada **(3)** quando o juiz decide que as questões de fato ou de direito comuns aos membros da classe prevalecem sobre quaisquer questões que afetam apenas membros individuais e que a ação de classe é superior a outros métodos disponíveis para o justo e eficaz julgamento da controvérsia. Na análise destes aspectos, o tribunal deverá considerar: o interesse individual dos membros do grupo no ajuizamento ou na defesa da demanda separadamente; a extensão e o conteúdo das demandas já ajuizadas por ou em face dos membros do grupo; a conveniência ou não da reunião das causas perante o mesmo tribunal; as dificuldades inerentes ao processamento da demanda na forma de *class action*.

Importa destacar o entendimento doutrinário no sentido de que as ações previstas nos incisos (b)(1) e (b)(2) são obrigatórias¹⁶³, devendo “a afirmativa, dentro da sistemática norte-americana, ser interpretada sob o ponto de vista de que a lide não poderia ser resolvida no âmbito das múltiplas ações individuais.”¹⁶⁴ Além disto, a

repartição dos lucros deve ser feita coletivamente e não apenas em benefício de acionistas que figurem como autores de ações individualmente propostas.

¹⁶¹ GRINOVER, Da class..., p. 14

¹⁶² Estas ações tem aplicação na área dos direitos civis ou outros direitos fundamentais de base constitucional.

¹⁶³ Ibid., p. 23.

¹⁶⁴ CASTRO MENDES, op. cit., p. 86.

obrigatoriedade significa que os efeitos da decisão coletiva são absolutos, alcançando todos os membros da classe, que não poderão requerer sua exclusão.

No entanto, as ações definidas no inciso (b) (3)¹⁶⁵ não são obrigatórias, porquanto exigem a notificação de todos os membros identificáveis da classe para que possam exercer o direito ao *opt out*¹⁶⁶. É oportuno lembrar que esta foi a espécie que influenciou a criação das ações coletivas para a defesa dos direitos individuais homogêneos no Código de Defesa do Consumidor Brasileiro.

Como noticia a doutrina em geral, constituem-se na espécie mais comum de *class action* americana e seu espírito está informado

pelo princípio do acesso à justiça, que no sistema norte-americano se desdobra em duas vertentes: a de facilitar o tratamento processual de causas pulverizadas, que seriam individualmente muito pequenas, e a de obter a maior eficácia possível das decisões judiciais. E, ainda, mantém-se aderente aos objetivos de resguardar a economia de tempo, esforços e despesas e de assegurar a uniformidade das decisões.¹⁶⁷

Como já referido, as *class actions* americanas representam importante elemento de influência no direito brasileiro, mas também foram elas fontes inspiradoras dos estudos elaborados pelos doutrinadores italianos, que acabaram influenciando diretamente na criação de formas de tutela coletiva no Brasil, em especial a Lei da Ação Civil Pública.

¹⁶⁵ GRINOVER, Da class..., p.14 ,compara as ações previstas nos incisos (b)(1) e (b)(2) da Regra 23 às ações brasileiras em defesa de interesses difusos e coletivos, enquanto no (b)(3) estaria a ação que corresponde, no Brasil, à ação em defesa dos interesses individuais homogêneos.

¹⁶⁶ A Regra 23, (c) (2) e (3) prevê a necessidade de notificação dos membros da classe para que possam optar pela exclusão da coisa julgada. Caso os notificados escolham ser excluídos dos efeitos da coisa julgada, dá-se o instituto conhecido como *opt out*. No entanto, se nada disserem, serão automaticamente abrangidos pela coisa julgada, mas, desde que tenham recebido notícia pessoal do ajuizamento da ação.

¹⁶⁷ GRINOVER, op. cit., p. 15

Assim, na década de setenta do século XX, estudiosos italianos, em especial Mauro Cappelletti, Michele Tarufo, Vincenzo Vigoriti e Vitorio Denti¹⁶⁸ passaram a se preocupar com a defesa dos direitos coletivos, diante da constatação de que a sociedade passara por mudanças profundas, provocadas pela intensa industrialização e mecanização da economia, que levaram à chamada massificação da sociedade, acarretando o surgimento de movimentos sociais ligados à preocupação com a preservação do meio ambiente e do consumidor.¹⁶⁹

Como lembra Castro Mendes,¹⁷⁰ o assunto foi, em certa parte, impulsionado pela decisão proferida pelo Conselho de Estado, no dia 09 de março de 1973, que reconheceu legitimação à associação ambientalista *Italia Nostra* para impugnar um ato da província de Trento, que autorizava a construção de uma auto-estrada na zona circundante do lago de Tovel. A decisão, que contrastava com outros julgados anteriores, que negavam a possibilidade de defesa de direitos que não fossem exclusivamente individuais, empolgou os processualistas italianos.

Neste contexto, Mauro Cappelletti exerceu papel fundamental no movimento, ao proferir palestra no IX Congresso Internacional da Academia Internacional de Direito Comparado, em junho de 1974, em Pávia, na Itália, chamando a atenção

¹⁶⁸ Neste sentido: GIDI, *Las acciones...*, p. 18.

¹⁶⁹ MILARÉ, Edis. *A ação civil pública na nova ordem constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990, p.3, ressalta como características destas transformações sociais a explosão demográfica, as grandes concentrações urbanas, a produção e o consumo de massa, as multinacionais, os parques industriais, os grandes conglomerados financeiros, os meios de comunicação de massa. Outrossim, não se pode esquecer que a partir dos anos 60 do século XX, os movimentos ambientalistas, de defesa do consumidor e de defesa dos direitos civis passam a ocupar importantes espaços na Europa e Estados Unidos, fazendo com que os processualistas também se preocupem com tais questões, já que de pouco adiantaria a garantia dos direitos sem instrumentos para sua defesa em juízo.

¹⁷⁰ CASTRO MENDES, *Ações...*, p. 100.

para o fato de que o processo civil havia sido concebido de forma autônoma no século XIX, dentro de uma perspectiva liberal e individual, não se mostrando capaz de resolver os conflitos decorrentes da complexa sociedade de massa que se desenvolveu a partir da crescente industrialização da economia. Isto porque nesta sociedade os conflitos também se mostram complexos e, muitas vezes, envolvem interesses coletivos, que precisam de novos mecanismos processuais para sua solução, impondo-se uma revisão crítica acerca de institutos tradicionais como a legitimação e a coisa julgada.¹⁷¹

As idéias do professor de Florença correram o mundo e influenciaram toda uma geração de juristas, lançando sólidas sementes na doutrina brasileira, merecendo destaque especial os professores José Carlos Barbosa Moreira, Ada Pellegrini Grinover e Waldemar Mariz Oliveira Júnior¹⁷², que não só publicaram importantes artigos sobre o assunto como incentivaram sua contínua investigação, fazendo com que a tutela coletiva experimentasse notável desenvolvimento no sistema jurídico brasileiro, como se verá a seguir.

3.2 A tutela coletiva antes da Lei da Ação civil pública no Brasil:

¹⁷¹ A palestra proferida foi sintetizada no artigo de CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. Revista de Processo, São Paulo, n. 5, jan./mar. 1977, p. 131.

¹⁷² Foram estes os primeiros doutrinadores brasileiros que publicaram estudos sobre a tutela coletiva. O pioneiro foi BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação popular no direito brasileiro como instrumento da tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. In: TEMAS de direito processual. São Paulo: Saraiva, 1977. OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos*. In: ESTUDOS sobre o amanhã. São Paulo, 1978, caderno 2 e

No Brasil, o reconhecimento da possibilidade de defesa de direitos coletivos em juízo, tem sua origem na Constituição de 1934¹⁷³, que previa expressamente a ação popular, estabelecendo que “cada cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou a anulação dos atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados ou do Municípios.” Embora a previsão constitucional não tenha sobrevivido ao período ditatorial do Estado Novo, sendo revogada na Carta de 1937, reapareceu na Constituição de 1946, que ampliou seu objeto, estabelecendo a possibilidade de questionamento dos atos de entidades autárquicas e sociedades de economia mista. A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969 mantiveram a previsão da ação popular, sendo esta regulamentada pela Lei nº 4.717/65.

Assim, a ação popular, que desde 1934, já tutelava o direito difuso de manutenção do patrimônio público e do bom funcionamento da coisa pública, pode ser considerada o antecedente histórico mais importante para o desenvolvimento da tutela coletiva no nosso país. Com o aumento da complexidade das relações sociais e da relevância outorgada a outros direitos difusos ela passou a ser utilizada também para a defesa destes, como o meio ambiente e a saúde pública¹⁷⁴.

Barbosa Moreira, em seu pioneiro estudo sobre os direitos difusos¹⁷⁵, salienta o relevante papel da ação popular, que, dentro de suas limitações, vinha servindo

GRINOVER, Ada Pellegrini. A tutela dos interesses difusos. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, n. 12, 1979.

¹⁷³ Observa MANCUSO, *Ação...*, p. 49, que alguns autores sustentam a existência da ação popular no direito brasileiro, mesmo antes da Constituição de 1934, fundamentada nas Ordenações do Reino, vigentes no período imperial e início da República, e em leis esparsas. Contudo, como anota o mesmo autor, é preciso ter em mente que estas ações ou procedimentos possuem uma identidade duvidosa com a ação popular.

¹⁷⁴ Importa lembrar que a Lei nº 6.513, de 20/12/77 ampliou substancialmente o conceito de patrimônio público, dando a seguinte redação ao § 1º do art.º da Lei da Ação Popular: “consideram-se patrimônio público, para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico e estético, histórico ou turístico.”

¹⁷⁵ BARBOSA MOREIRA, *A ação popular...*

para a tutela destes no direito brasileiro, especialmente quando privilegiada uma interpretação ampliada dos conceitos de entidades públicas, que deveriam englobar não só autarquias e sociedades de economia mista, como também sociedades de mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, as empresas públicas, os serviços sociais autônomos, as instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, as empresas incorporadas ao patrimônio da União do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e enfim, quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos e de patrimônio, com o fito de dilatar a área de atuação do instrumento processual para fora do restrito círculo das lesões meramente pecuniárias.¹⁷⁶

No entanto, em que pese o esforço de parte da doutrina e da jurisprudência, a ação popular não se mostrava suficiente para a defesa dos direitos difusos em juízo, uma vez que deixava de socorrer as lesões ou ameaças de lesões praticadas por particulares. Além disto, havia sérias divergências a respeito de se incluir no conceito de patrimônio público a defesa de direitos pertinentes à saúde, segurança e meio ambiente.

¹⁷⁶ BARBOSA MOREIRA, A ação popular..., p.116, nos fornece como exemplos da utilização de ação popular para a defesa de interesses difusos a ação que pleiteou a anulação do ato que aprovara o projeto de construção do aeroporto de Brasília, sob o fundamento de que ele não se harmonizava com a concepção estética que presidira à edificação da cidade; a ação que impugnou a legitimidade de atos administrativos relacionados com o aterro parcial da Lagoa Rodrigo de Freitas, no Rio de Janeiro, para erguer-se prédio destinado ao comércio, sob o argumento de que a construção desfiguraria o local de particular beleza paisagística e, ainda, a decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que julgou procedente ação popular intentada com o fim de anular resolução de Câmara Municipal que autorizava a extração de madeira de floresta protetora de mananciais de água.

Deste modo, ao lado da ação popular, surgiram legislações esparsas que previam a possibilidade de certas entidades e organizações ajuizarem, em nome próprio, ações para defesa de direitos coletivos ou alheios.

Nestes termos, a Lei nº 1.134, de 1950, estabelecia, no seu art. 1º

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

E o antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei nº 4.215, de 1963, previa, no art.1º, parágrafo único: “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.”

Já a Lei nº 6981/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, estabelecia, no seu art.14, § 1º, a legitimidade do Ministério Público para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Mas, foi com a Lei nº 7.347/85, a chamada Lei da Ação Civil Pública, que se alcançou grande avanço na tutela dos direitos difusos e coletivos, seja porque esta ampliou largamente o rol de legitimados ativos, concedendo ao Ministério Público, aos entes públicos e às associações a possibilidade de ajuizamento de ações, seja porque também ampliou a possibilidade de tutela jurisdicional, ao prever seu cabimento para a proteção do patrimônio público (já contemplado na ação popular), do meio ambiente, dos consumidores, dos bens e direitos de valor artístico, estético,

histórico, turístico e paisagístico, não se limitando ao aspecto meramente econômico.

Instituto inovador, recebeu influências tanto da *common law*, como do *civil law*, apresentando-se como “um instituto-ponte entre as duas grandes famílias modernas do direito”¹⁷⁷, pois do modelo continental europeu trouxe a marca da legitimação institucional, clara influência francesa, negando legitimidade aos indivíduos isolados, enquanto simultaneamente adotou facetas de inspiração anglo-saxônica, como a *fluid recovery* e a aceitação da função reparatória supraindividual.¹⁷⁸

A notável inovação legislativa possui origem no ano de 1982, quando a Associação Paulista dos Magistrados, o Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado e o Instituto Pimenta Bueno do Departamento de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo organizaram um seminário sobre a tutela dos direitos coletivos. Ao final deste, foi constituída uma comissão formada por Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira, que elaborou anteprojeto de lei relativo à proteção dos direitos difusos. O anteprojeto foi apresentado, pela primeira vez, no I Congresso Nacional de Direito Processual, realizado em Porto Alegre, em julho de 1983, recebendo sugestões de José Carlos Barbosa Moreira, sendo aprovado por aclamação após manifestações de Galeno Lacerda, Calmon de Passos e Ovídio Baptista da Silva. Finalmente, transformou-se no Projeto de Lei nº 3.034/84,

¹⁷⁷ BENJAMIN, A insurreição..., p. 117.

¹⁷⁸ Ibidem, p. 117.

apresentado pelo Deputado Flávio Bierrenbach, que acabou tendo tramitação mais lenta que aquele aprovado.¹⁷⁹

As idéias doutrinárias também foram adotadas pelo Ministério Público de São Paulo, que, após encontros e a formação de grupos de estudo, elaborou projeto de lei (PL 4.984/85 na Câmara e 20/85 no Senado), posteriormente encampado pelo Poder Executivo, resultando na Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85).¹⁸⁰

Assim, ao contrário da Itália, que por longo tempo se restringiu ao debate acadêmico sobre a questão, no Brasil, a defesa dos interesses coletivos em juízo encontrou terreno fértil e experimentou notável desenvolvimento¹⁸¹, em especial a partir da edição da Lei da Ação Civil Pública. De qualquer forma, importa destacar que a promulgação da Lei nº 7.347/85 também aqui foi uma conseqüência do empenho de professores e profissionais do Direito, não resultando de um movimento social, até porque a sociedade brasileira vivia o final de um período de exceção, não apresentando a necessária organização para vislumbrar a necessidade de tutela de direitos que alcançaram expressão com o desenvolvimento da sociedade de risco.

¹⁷⁹ GRINOVER, *A tutela...* p. 3.

¹⁸⁰ O projeto de lei elaborado pelo Ministério Público de São Paulo, por meio de seus membros Néilson Nery Júnior, Edis Milaré e Antonio Augusto Mello de Camargo Ferraz aproveitou as bases do anterior, alterando alguns institutos, como a legitimidade ativa e o objeto de proteção, que foram ampliados, e incluindo outros, como o inquérito civil e a ação cautelar para a defesa do meio ambiente, tudo conforme ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p.17.

¹⁸¹ LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.63, salienta que, no tocante à tutela coletiva, o ordenamento processual brasileiro apresenta-se mais completo que o italiano, no qual costuma se inspirar o legislador brasileiro, pois naquele existem instrumentos autônomos destinados a favorecer a tutela coletiva apenas em algumas bem determinadas categorias de interesses, pois na generalidade das controvérsias aplicam-se normas processuais ordinárias, concebidas para fazer frente a situações individuais, sem levar em conta, a não ser de forma secundária, a questão coletiva. Neste contexto, mostra-se visível a falta de uma verdadeira disciplina geral para todos os casos relacionados a interesses de uma coletividade. E, mesmo nos casos em que existe a regulamentação especial, esta acaba tornando-se insuficiente, posto que não ostenta sistema de incentivos ou de redução de desigualdades apto a implementar eficazmente a tutela coletiva.

Com o advento da Constituição de 1988 a proteção se tornou ainda mais eficiente, porquanto o art. 5º, inciso LXXIII, ampliou o objeto da ação popular, estendendo-a à proteção da moralidade administrativa e do meio ambiente. Já o inciso LXX, do mesmo artigo 5º, criou o mandado de segurança coletivo, podendo este ser ajuizado por partido político, organização sindical, órgão de classe ou associações para a defesa dos interesses de seus membros ou associados. Também estabeleceu a legitimação do Ministério Público para ajuizar ação civil pública na defesa de qualquer interesse difuso ou coletivo (art.129, inciso III).

No final da década de 1980, foram editadas a Lei nº 7.853/89, que trata dos direitos difusos e coletivos dos portadores de deficiência, e a Lei 7.913/89, que criou a primeira ação coletiva para a defesa de direitos individuais, protegendo os investidores no mercado mobiliário, tendo como legitimado ativo o Ministério Público.

Em 1990 foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente que também previa a possibilidade do Ministério Público ajuizar ação civil pública para a defesa de direitos individuais, além dos coletivos e difusos.

No mesmo ano, editou-se o Código de Defesa do Consumidor, que revolucionou a tutela coletiva, criando a categoria das ações coletivas para a defesa de direitos individuais homogêneos, além de definir legalmente o que seriam os direitos difusos e coletivos e estabelecer regras sobre a legitimidade ativa, a coisa julgada e as espécies de provimentos jurisdicionais, “tudo dentro da ótica da necessária reestruturação dos esquemas processuais clássicos, para sua adaptação

aos conflitos emergentes, próprios de uma sociedade de massa.”¹⁸² E a parte processual do Código de Defesa do Consumidor, por força do art. 21 da Lei nº 7.347/85, aplica-se a todas as ações civis públicas, numa “perfeita interação entre os sistema do CDC e da LACP, que se completam e podem ser aplicados indistintamente às ações que versem sobre direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais.”¹⁸³

Em 1994, a Lei nº 8.884 acrescentou o inciso V ao artigo 1º da Lei nº 7347/85, ampliando o objeto da ação civil pública, ao estabelecer seu cabimento para as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados por infração à ordem econômica e à economia popular.

Não se pode esquecer, ainda, que em 2003 foi editada a Lei nº 10.741, o Estatuto do Idoso, que também previu a possibilidade de ajuizamento de ação civil pública pelo Ministério Público para a defesa dos direitos difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso.

Finalmente, a Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007, ampliou a legitimidade ativa permitindo à Defensoria Pública o ajuizamento de ações civis públicas.

Da análise de todo o exposto, pode-se verificar facilmente que, embora a profusão legislativa em matéria de defesa de direitos coletivos, não há uma verdadeira sistematização da matéria, o que ainda ocasiona equívocos decorrentes

¹⁸² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 609.

¹⁸³ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil e legislação processual civil extravagante em vigor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 811.

do desconhecimento do processo coletivo ou da aplicação de institutos do processo civil individual sem a devida adaptação.

3.3 Ação Civil Pública ou Ação Civil Coletiva?

A denominação “ação civil pública” consagrada pela Lei nº 7.347/85 é objeto de severas críticas por parte da doutrina¹⁸⁴ e somente pode ser entendida se levarmos em conta as condições históricas em que é cunhada.

A expressão foi concebida pelo doutrinador italiano Piero Calamandrei¹⁸⁵, buscando diferenciar a ação civil da ação penal pública, já que ambas seriam de titularidade do Ministério Público. No direito brasileiro, foi utilizada, pela primeira vez, na Lei Complementar 40/81, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, que, em seu artigo 3º, inciso III, estabelecia, dentre as suas funções institucionais, a de promover a ação civil pública nos termos da lei.

Assim, quando reelaborou o projeto formulado pelos doutrinadores Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior (que tramitou na Câmara dos Deputados sob o nº 3.034/84), o

¹⁸⁴ Neste sentido: BENJAMIN, A insurreição..., p. 118, GRINOVER, Ada Pellegrini. As ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores- a Lei 7.347, de 24.07.1985. *Ajuris*, Porto Alegre, v.36, mar.1986, p. 113, VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Ação civil pública ou ação coletiva? In: MILARÉ, Edis (Coord.) *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 441-457, ABELHA, *Ação...*, p.49-55.

¹⁸⁵ CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Tradução Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: De Palma, 1943, p.199.

Ministério Público paulista acabou empregando a expressão “ação civil pública,” mesmo que esta não tivesse sido mencionada no projeto original¹⁸⁶.

Ocorre que a denominação se mostra inadequada, seja porque não se outorgou exclusivamente a órgãos públicos a legitimação ativa, seja porque o objeto da tutela jurisdicional também não é público.

De qualquer forma, a expressão, mesmo que não dotada da melhor técnica, restou amplamente consagrada, sendo utilizada tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, culminando com a sua adoção pela Constituição Federal de 1988 (art.129, inciso III).

Mas, o que verdadeiramente se faz necessário é verificar o campo de abrangência da chamada ação civil pública, pouco importando a imprecisão técnica de sua denominação. Vale dizer, a ação criada pela Lei nº 7.347/85 abrange apenas os direitos difusos e coletivos (coletivos legítimos) ou também os individuais homogêneos (coletivos acidentais, posto que individuais na essência)?

Nesta seara não se pode esquecer que a edição do Código de Defesa do Consumidor alterou profundamente a sistemática de tutela coletiva no Brasil, ao acrescentar o artigo 21 à Lei nº 7.347/85¹⁸⁷. Como anota Grinover,

¹⁸⁶ E nem poderia ser diferente, uma vez que os doutrinadores citados são críticos ferrenhos da “tradição” de adjetivar as ações. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 155, assevera: “Numa classificação verdadeiramente científica, as ações são de conhecimento ou executivas, subclassificando-se as primeiras em meramente declaratórias, constitutivas e condenatórias; e há também as ações cautelares, que se opõem às principais, na mesma medida em que o provimento cautelar é acessório, ligado ao principal por um nexo de instrumentalidade hipotética. Essa classificação apóia-se exclusivamente na natureza do provimento jurisdicional postulado (sentença meramente

o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) veio coroar o trabalho legislativo, ampliando o âmbito de incidência da lei da ação civil pública, ao determinar sua aplicação a todos os interesses difusos e coletivos, e criando uma nova categoria de direitos ou interesses, individuais por natureza e tradicionalmente tratados apenas a título pessoal, mas condutíveis coletivamente perante a justiça civil, em função da origem comum, que denominou direitos individuais homogêneos.

Releva notar que as disposições processuais do Código de Defesa do Consumidor têm plena aplicação a todos os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, por força do art.21 da Lei da Ação Civil Pública.¹⁸⁸

Assim, embora a Lei nº 7347/85 tenha concebido um instrumento para a tutela apenas dos direitos difusos e coletivos, a evolução legislativa, decorrente das imposições da sociedade de massa, determinou a aplicação do procedimento por ela criado também à tutela coletiva dos direitos individuais homogêneos.¹⁸⁹

De igual forma, em que pese os autores do Código de Defesa do Consumidor terem utilizado a expressão “ação coletiva” para intitular o capítulo que contém as regras procedimentais relativas às ações que visam tutelar os direitos individuais homogêneos, entendemos que não houve a criação de uma nova “espécie” de ação, diferente da “ação civil pública”. Isto porque o termo “ação coletiva” também é utilizado quando o objetivo é tratar da defesa dos direitos coletivos e difusos, como nos artigos 103 e 104 do referido diploma legal. Na verdade, o que se fez no Código de Defesa do Consumidor foi utilizar uma expressão mais técnica (“ação coletiva”),

declaratória, constitutiva ou condenatória, provimento satisfativo do direito, no processo de execução; medidas cautelares.”

¹⁸⁷ O artigo 117 do Código de Defesa do Consumidor tem a seguinte redação: “Acrescente-se à Lei n.7347, de 24 de julho de 1985, o seguinte dispositivo, renumerando-se os seguintes: Art.21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

¹⁸⁸ GRINOVER, *Significado...*, p.11.

¹⁸⁹ Assim, o Estatuto da Criança e do Adolescente, editado alguns meses antes do Código de Defesa do Consumidor, já falava em ação civil pública para a tutela de direitos individuais de crianças e adolescentes (art.201, V). Da mesma forma, o recente Estatuto do Idoso (art.74, I).

em detrimento daquela tão criticada pela doutrina (“ação civil pública”), mas consagrada na prática¹⁹⁰.

O certo é que as disposições do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública se complementam, configurando, em conjunto, o arcabouço processual para a tutela coletiva dos direitos, sejam eles coletivos propriamente ditos ou individuais homogêneos.¹⁹¹

Entendemos não ser aconselhável a distinção de denominações, pois, como dito, a expressão “ação civil pública”, mesmo desprovida da melhor técnica, acabou amplamente acolhida e a utilização de outros termos poderia acabar criando barreiras à própria tutela coletiva, que embora contando com grande arcabouço legal, ainda não atingiu suas potencialidades na busca da efetividade do processo.

Não podemos esquecer, que independente da denominação utilizada¹⁹², o que realmente irá determinar a conformação dos institutos processuais na tutela coletiva, como a legitimidade e a coisa julgada, será a natureza dos direitos materiais, ou seja, muito mais importante que outorgar nomes diversos às ações, é

¹⁹⁰ Nestes termos, discordamos do sustentado por ZAVASCKI, *Processo...*, p. 43, que entende ser equivocada a idéia de que a ação civil pública pode ser também utilizada para a tutela de direitos individuais homogêneos. No entanto, concordamos com o autor quando este afirma que é preciso diferenciar os litígios que envolvem direitos coletivos propriamente ditos daqueles que dizem respeito a direitos individuais homogêneos. Apenas entendemos não ser necessária a criação de uma “nova categoria de ação.”

¹⁹¹ No mesmo sentido: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 36, NERY JÚNIOR; NERY, *Código...*, p. 1403, VIGLIAR, *Ação...*, p. 444; LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 163.

¹⁹² Como bem salientou ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Tutela declaratória executiva?* Disponível em: <<http://www.tex.pro.br>> Acesso em: 17 abr. 2007: “Uma rosa continua tendo cheiro de rosa e espinhos, que podem ferir o incauto apreciador, ainda que se chame de cravo, disse o Bardo imortal. Também no terreno do direito processual, como em outros domínios da cultura humana, o nome é o que menos importa, o que realmente interessa é o conteúdo.”

salientar as diferenças decorrentes do fato de estarem em causa direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.¹⁹³

Por isto, no presente trabalho adotamos a expressão “ação civil pública” para denominar o conjunto de regras procedimentais que regula a tutela coletiva dos direitos, tanto coletivos propriamente ditos, como “acidentalmente coletivos”¹⁹⁴.

3.4 Questões Controvertidas na Ação Civil Pública

3.4.1 Legitimidade ativa

3.4.1.1 Justificativa teórica

A representação em juízo dos direitos de um grupo de pessoas ou de um direito não personificado por um representante apresenta-se como um dos pontos mais tormentosos e centrais do processo coletivo, pois diz respeito aos motivos pelos quais algumas pessoas ou instituições são escolhidas para representar os direitos daqueles que, mesmo sem participarem da relação

¹⁹³ Assim, VIGLIAR, Ação..., p. 441-457.

¹⁹⁴ os individuais homogêneos, em expressão cunhada por BARBOSA MOREIRA, Tutela..., p. 196.

processual, serão atingidos pelos efeitos da sentença e pela coisa julgada. A questão, portanto, diz respeito à própria justificativa teórica das ações coletivas.

No entanto, tal preocupação nem sempre foi tão relevante, pois na Idade Média o assunto não encerrava maiores dificuldades, porquanto a coesão do grupo ou da comunidade era suficiente para garantir a legitimidade, ou seja, havendo um membro da comunidade no processo, era como se toda a comunidade estivesse encarnada nesse representante.¹⁹⁵ É na Idade Moderna, com o surgimento da idéia de um indivíduo autônomo e livre, que o problema da legitimidade passa a ganhar o centro do debate, já que o individualismo processual é sintetizado no princípio de que somente o titular ou o pretense titular do direito material é legitimado a propor ação com vista à sua tutela. O direito de ação, concebido neste ambiente de individualismo, amolda-se à idéia de que somente ao titular do direito é permitida a sua defesa em juízo. Por outro lado, aquele que sofre as conseqüências do processo tem direito de participar dele, de ser ouvido, a fim de que sejam preservadas as garantias inseridas na cláusula do devido processo legal.¹⁹⁶

¹⁹⁵ MAFRA LEAL, Márcio Flávio. *Ações coletivas...*p.27 anota que o homem medieval estava indissociavelmente ligado à comunidade ou corporação a que pertencia, sendo fácil visualizar essa categoria como uma entidade homogênea e unitária, fazendo-se representar tacitamente por alguns de seus membros. A coesão do grupo medieval era observada pela proximidade geográfica de seus integrantes, pela homogeneidade social, econômica e cultural entre seus membros e pelo compartilhar dos mesmos valores.

¹⁹⁶ MAFRA LEAL, *Ações coletivas...*, p. 36. A expressão é usada no texto no sentido de processo justo. ALVARO DE OLIVEIRA, *Do formalismo...*p.85/86 esclarece que: "o conceito de devido processo legal compreende a estruturação correta do procedimento, permitindo tendencialmente aos litigantes as garantias de publicidade, contato direto do juiz com as partes e tramitação rápida do expediente. Todavia, como o processo não se resume a uma simples seqüência ordenada de atos, o princípio não se esgota em assegurar a regularidade do procedimento, abrangendo também a possibilidade de ambas as partes sustentarem suas razões e apresentarem suas provas e, assim, influírem por meio do contraditório na formação do convencimento do juiz. Por tais razões, o aspecto mais essencial do devido processo legal é o de assegurar o contraditório e a ampla defesa. No fundo, a garantia do devido processo legal constitui a expressão constitucional do formalismo processual; o informalismo excessivo (em que as partes perigam sossobrar ao arbítrio e ao poder

Assim, para que se possa justificar as ações coletivas é preciso equacionar as exigências do devido processo legal e da noção do direito de ação como direito do indivíduo, com o modelo representativo das ações coletivas e a extensão da coisa julgada dela decorrente.¹⁹⁷ No entanto, não é possível nem admissível um retrocesso à era medieval, razão pela qual é preciso conceber uma teoria que não suprima a garantia do devido processo legal, mas que a adapte, inovando e qualificando seu conteúdo.

A teoria mais adequada para explicação da legitimidade nas ações coletivas é a denominada por Mafra Leal de Teoria Objetivista ou Institucional. Segundo esta, a legitimação decorre de uma atividade pública que tem estreita ligação com a estrutura constitucional do Estado, que atribui às entidades legitimadas a incumbência de defesa e concretização de direitos difusos, encontrando fundamentação no direito material¹⁹⁸. Ou seja, existindo um direito material que não possui titularidade determinada, não se enquadrando no conceito de direito subjetivo, o enfoque se desloca da legitimação da representação de grupos para a necessidade de um autor que implemente tais direitos e que possa levá-los a juízo.

Como bem sintetiza Mafra Leal

A idéia é que as ações coletivas focalizam direitos e valores tais que devem ser judicializados com a mera constatação de violação objetiva das normas que consagram direitos difusos, bastando esta verificação para desencadear a legitimação e o interesse de agir¹⁹⁹.

do Estado) e o excesso de formalismo (em que o conteúdo - o direito material e a justiça - corre o risco de periclitir por razões de forma) estabelecem os seus limites extremos.”

¹⁹⁷ MAFRA LEAL, *Ações coletivas...*, p. 36.

¹⁹⁸ MAFRA LEAL, *Ações coletivas...*, p. 69.

¹⁹⁹ MAFRA LEAL, *Ações coletivas...*, p. 71.

Scarpinella Bueno, mesmo sem aderir expressamente a qualquer teoria, também faz questão de observar esta “objetivação do sistema jurídico”, quando aborda a alteração do conceito de interesse jurídico. Segundo ele,

a concepção do interesse jurídico transformou-se. É decorrência natural – e necessária – das modificações profundas passadas pela sociedade e capturadas, pouco a pouco, pelo próprio sistema jurídico. Nem todos os interesses ou direitos são capturáveis pelo ordenamento jurídico a partir da necessária fixação em um indivíduo. O que importa é verificar em que medida eles passam a poder influenciar nas decisões judiciais e em que medida podem ser levados à consideração do Estado-juiz para que o exercício da influência, que justifica seu transporte para o plano judiciário, seja feita de maneira consciente e em observância ao “modelo constitucional do processo”.²⁰⁰

A teoria objetivista contorna aspectos dogmáticos relativos às objeções do devido processo legal, porquanto, a partir da concepção de que o direito material não possui um titular com personalidade jurídica, não há a preocupação de se encontrar uma fórmula representativa de direitos individuais ou de unidades jurídicas autônomas, pela ausência de um titular ordinário. O modelo de legitimação do autor, então, sem a necessidade de justificar a representação e sem ferir a cláusula do devido processo legal, fundamenta-se na necessidade de atuação dinâmica da ordem jurídica. Fundamentando-se na necessidade de atuação da própria ordem jurídica, a teoria objetivista explica as ações coletivas relativas aos direitos difusos sem violar o devido processo legal, pois, não havendo um titular individual ou um grupo de titulares, não há qualquer objeção a ser feita no tocante aos efeitos da sentença.²⁰¹

Portanto, a justificativa para a legitimação das ações coletivas que tratam de direitos difusos encontra fundamento na abertura do sistema jurídico processual que,

²⁰⁰ BUENO, *Amicus Curiae...*, p.477.

²⁰¹ MAFRA LEAL, *Ações coletivas...*, p. 74.

negando seu caráter de neutralidade, passou a receber influência do direito constitucional e do direito material tutelado, impondo o reconhecimento de legitimidade a pessoas ou instituições que não se confundem com o titular do direito material. Como salienta Scarpinella Bueno,

não há como não ter em vista que a “abertura” do sistema jurídico, característica do ordenamento da atualidade, também passa pelo crivo do Estado Democrático e da necessidade de todos os valores que o compõem serem adequadamente filtrados e levados em consideração em cada manifestação do Estado, inclusive na esfera jurisdicional. Trata-se, em última análise, da criação de mecanismos concretos para que a sociedade civil – direta ou indiretamente, por intermédio de órgãos que, em última análise, representam-na como, por exemplo, o Ministério Público – e o próprio Estado, em suas diversas ramificações e especificações, possam ter condições efetivas de participar também das decisões a serem tomadas no plano do Poder Judiciário²⁰².

No entanto, esta teoria não se mostra adequada quando a ação coletiva visa à proteção de direitos individuais sob a forma coletiva, pois, mesmo tratados de forma coletiva, os direitos permanecem individuais. Para estas situações, a teoria que melhor se enquadra no sistema brasileiro, no qual não há a consulta direta aqueles que serão vinculados pela sentença, é a chamada teoria do interesse, segundo a qual o elemento que dá legitimidade ao representante é a identificação do interesse do grupo com o interesse do autor. Por exemplo: uma associação de defesa do consumidor pode ajuizar uma ação para reparação dos danos causados por um contrato, pois seu interesse institucional coincide com o dos consumidores lesados.

Esta distinção entre as duas formas de justificação da legitimidade nas ações coletivas, embora possa parecer meramente teórica, mostra-se de muita relevância prática para se definir se o autor da ação é realmente o representante adequado do

²⁰² BUENO, *Amicus Curiae...*, p. 499.

direito levado a juízo por meio da ação civil pública. Por exemplo, como explicitaremos a seguir, o Ministério Público não possui legitimidade para ajuizar ação para questionar os termos de assembléia de condomínio privado, pois isto mostra-se totalmente alheio aos seus interesses institucionais.

3.4.1.2 As diferentes formas de legitimação

Os ordenamentos jurídicos de vários países vêm tratando a questão da legitimidade ativa nas ações coletivas de maneira diversa, dando ensejo à criação de soluções que buscam outorgar a maior efetividade possível na defesa dos chamados direitos transindividuais. Com base em esquema elaborado por Barbosa Moreira,²⁰³ pode-se classificá-las em três espécies:

a) legitimação concorrente dos co-titulares, que ficam habilitados a agir em juízo na defesa do interesse comum, seja isoladamente ou mediante a formação de litisconsórcio voluntário, jamais necessário, pois este inviabilizaria a defesa destes direitos;

b) legitimação de pessoas jurídicas, tais como sociedades e associações, constituídas com o fim institucional de defender o interesse em questão e que ofereçam condições de representar adequadamente, com sinceridade e eficiência, o conjunto dos interessados;

c) legitimação de órgãos do próprio aparelho estatal, como o Ministério Público ou o *attorney general*, nos países de *common law*.

Cappelletti, em seu já clássico artigo “Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil”²⁰⁴, analisa a melhor forma de se tutelar judicialmente os direitos de natureza coletiva, salientando, de início, a insuficiência da solução que outorga ao indivíduo “pessoalmente lesado” a legitimidade para agir, uma vez que este não está em posição de assegurar nem a si mesmo nem à coletividade uma adequada tutela contra violações de direitos coletivos²⁰⁵. Da mesma forma, critica a outorga de tais funções ao Ministério Público, afirmando que o órgão se reveste de apatia, em razão de suas semelhanças com o Judiciário, além de possuir uma estrutura hierárquica inadequada à proteção dos “novos direitos”. Também não possui especialização e pode ser suscetível a pressões políticas, diante de sua proximidade com o Poder Executivo.

Propõe, então: a) a criação de instituições públicas, análogas ao *parquet*, mas altamente especializadas para a tutela de determinados interesses coletivos; b) a concessão de legitimação para agir a indivíduos e associações não pessoalmente prejudicados; c) a ampliação dos poderes do juiz a fim de estender o âmbito da

²⁰³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Legitimação para agir. In: TEMA de direito processual: 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 198.

²⁰⁴ Publicado na *Revista de Processo* n.5, p.128-159, jan-mar 1977.

²⁰⁵ BENJAMIN, A *insurreição....*, p.109-110 lembra da abissal desigualdade entre o consumidor e o agente econômico, pois enquanto aquele desconhece os meandros do sistema judicial, este se constitui no chamado *repeat player*, freqüentador contumaz dos tribunais, podendo se cercar dos advogados mais especializados e de perícia qualificada. Por outro lado, as questões individuais, em especial em matéria de consumidor, podem se configurar insignificantes, deixando de estimular os prejudicados a pleitearem reparações em juízo.

decisão para compreender a totalidade do dano causado pelo réu, podendo decidir mesmo em relação aqueles que não participaram do processo.²⁰⁶

Mas, mesmo estas soluções não devem ser adotadas de forma excludente, pois

a pesquisa comparativa parece indicar como o mais eficaz meio de solução do nosso problema: soluções compostas, articuladas, flexíveis, por si só capazes de dar uma adequada resposta a um problema assim complexo como é aquele da tutela jurídica dos novos, emergentes e vitais interesses coletivos. Tais composições e soluções consistem, essencialmente, no *juntar e integrar* a ação e o controle dos organismos governamentais com a iniciativa dos indivíduos e dos grupos privados diretamente ou, tão-somente, indiretamente interessados.²⁰⁷

No Brasil, a Lei da Ação Civil Pública outorga legitimidade ativa a um rol expressivo de legitimados, incluindo tanto a instituições públicas, como o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, suas autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista, quanto a associações constituídas há mais de um ano e que incluam entre suas finalidades a defesa do direito objeto da demanda. Recentemente, a Lei nº 11.448/, de 15 de janeiro de 2007, contemplou a Defensoria Pública entre os legitimados ativos para propor a ação civil pública.²⁰⁸

²⁰⁶ PROTO PISANI, Andrea. Appunti preliminari pe uno studio della tutela giurisdizionale degli interesse collettivi (o più esttamente superindividuali) innanzi al giudice civile ordinário. In: LE AZIONE a tutela di interessi collettivi: atti ael convegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1975). Padova: Cedam, 1976, p. 274-277, sugere três possibilidades para que se possa defender judicialmente os direitos coletivos: a atribuição de legitimação a todos os membros da coletividade; a atribuição de legitimação exclusivamente aos representantes do grupo ou a associações que tenham como fins institucionais a tutela do direito coletivo em jogo e a legitimação do Ministério Público, concluindo que as três hipóteses não se excluem, mas que a segunda hipótese (legitimidade outorgada a associações ou representantes do grupo) está subordinada à existência de associações com garantias de seriedade, o que depende da realidade social do país.

²⁰⁷ CAPPELLETTI, Formações..., p. 143.

²⁰⁸ O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, elaborado por uma comissão de juristas capitaneada por Ada Pellegrini Grinover, junto ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, atualmente em análise pelo Ministério da Justiça (disponível em www.mpcon.org.br, acesso em 11/04/2007), alarga ainda mais o rol dos legitimados ativos para a proposição de ações coletivas, incluindo qualquer pessoa física, para a

Como se vê, a legislação brasileira acolheu as lições doutrinárias no sentido de que nenhum sistema puro é suficiente, sendo mais eficaz aquele que exprime as idéias de pluralismo, não concentrando a legitimidade nas mãos do Estado, mas utilizando a estrutura deste para dar suporte à própria sociedade se organizar, pois

o Estado, direta ou indiretamente, não pode ter o monopólio da tutela dos interesses transindividuais, de qualquer natureza. Reconhece-se, por outro lado, que um sistema estatal de proteção aos interesses supraindividuais tem suas vantagens, como por exemplo, trazer atrás de si a legitimidade política decorrente do voto popular e o fato de que os órgãos públicos, normalmente, estão melhor aparelhados para ingressar em juízo do que as entidades não governamentais, particularmente em países menos desenvolvidos e com pouca tradição de associativismo, como é o caso do Brasil.²⁰⁹

No entanto, a concepção teórica de pluralismo não corresponde aos resultados práticos, demonstrados pelos números de ações civis públicas ajuizadas, que apontam a franca prevalência das ações propostas pelo Ministério Público. Como bem informa Barbosa Moreira²¹⁰:

No Estado do Rio de Janeiro são 100 ações civis públicas promovidas pelo Ministério Público para pouco mais de dez ações promovidas por associações civis; em São Paulo, no campo dos Direitos do Consumidor são 95 ações do Ministério Público para 10 de associações; em matéria de ambiente, segundo uma pesquisa feita em 100 comarcas daquele Estado, das 444 ações propostas, apenas 4% o foram por associações civis. De sorte que é um fenômeno curioso que merece um estudo sociológico.

defesa de direitos difusos; o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos direitos coletivos ou individuais homogêneos; as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, restritas as primeiras à defesa dos interesses e direitos ligados à categoria e os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, elaborado no âmbito dos programas de Pós-graduação da UERJ e UNESA, Coordenado pelo Prof. Aluísio Gonçalves de Castro Mendes (disponível em www.direitouerj.org.br, acesso em 30/06/2008), também estabelece os mesmo legitimados previstos no Anteprojeto da USP.

²⁰⁹ BENJAMIN, A insurreição..., p. 139.

²¹⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ação civil pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 3, p. 187-199, 1993, p. 193.

Os dados anteriormente apresentados levam a considerações de duas ordens: a primeira positiva, revelando o grau de desenvolvimento e empenho do Ministério Público no trato do processo coletivo, buscando tutelar os chamados novos direitos e demonstrando que as críticas dirigidas pela doutrina estrangeira não se aplicavam ao *parquet* brasileiro.²¹¹

Por outro lado, as mesmas estatísticas são motivo de preocupação, pois demonstram a desorganização da sociedade brasileira, que não tem o hábito de se unir em associações ou organizações não-governamentais, preferindo aguardar uma solução estatal. Mesmo quando são constituídas, não são raras as associações que, ao invés de ajuizarem ações, preferem relatar a situação ao Ministério Público, abrindo mão de poderoso instrumento de exercício da própria cidadania²¹². Como lembra Benjamin²¹³, “não há proteção do meio ambiente e do consumidor verdadeira e duradoura sem uma sociedade civil organizada e participativa.”

Esta situação certamente não é a ideal, porquanto “o titular primeiro da lide coletiva é a própria comunidade ou coletividade titular do direito material”,²¹⁴ mostrando-se interessante que numa futura alteração legislativa se criassem meios

²¹¹ O próprio CAPPELLETTI, Mauro. O acesso dos consumidores à Justiça. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 310, p. 53-63, abr./jun. 1990, p. 55, menciona que as críticas dirigidas ao Ministério Público dos países europeus não se aplicam ao brasileiro, porquanto este teve assegurada sua independência pela Constituição de 1988, além de ter se especializado na defesa de direitos difusos, com a criação de órgãos especializados na matéria.

²¹² Também se mostra pertinente o alerta de CAMARGO FERRAZ, Antonio Augusto Mello. In: MILARÉ, Edis (Coord.) *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 91, no sentido de que: “A multiplicação de casos a cargo do Ministério Público expõe a instituição a graves riscos, como o do indevido inchaço de seus quadros, o da banalização e da burocratização da atuação e, sobretudo, o da perda da eficiência no enfrentamento das questões mais sérias e de maior relevância social. Futura revisão da lei deveria, assim, considerar o problema, mediante criação de mecanismos de estímulo do exercício da ação pelos legitimados, ainda que de forma preponderante nos casos mais simples, em que não houvesse necessidade de maior estrutura de investigação.”

²¹³ BENJAMIN, *A insurreição...*, p. 131.

²¹⁴ GIDI, *Coisa...*, p. 36.

destinados a incentivar a sociedade civil a exercer o papel que lhe foi reservado pela lei, tornando-se a principal mola propulsora das demandas coletivas²¹⁵

3.4.1.3 A natureza jurídica da legitimidade ativa na ação civil pública

Antes da edição da Lei nº 7.347/85 a discussão acerca da natureza jurídica da legitimidade para a defesa dos direitos difusos e coletivos atraía muita atenção da doutrina e apresentava grande relevância, tendo em vista que o art.6º do CPC, de inspiração liberal-individualista, estabelece que apenas são legitimados para defender seus interesses em juízo os titulares da relação jurídica material controvertida. Esta situação orientou a criação de três teorias, então consideradas progressistas, que buscavam justificar a possibilidade de ajuizamento de demandas para a defesa destes “novos” direitos.

A primeira, delineada por Barbosa Moreira²¹⁶, sustentava a tese de que não havia necessidade de expressa disposição legal que autorizasse alguém a ajuizar demanda a fim de defender interesse difuso ou coletivo, pois, no sistema brasileiro, ao contrário do italiano, não se exige que as exceções sejam expressas, podendo

²¹⁵ O § 3º do artigo 17 do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (disponível em www.mpcon.org.br. Acesso em: 11 abr. 2007) prevê uma interessante forma de incentivo ao ajuizamento de ações coletivas por particulares, estabelecendo a possibilidade do juiz fixar uma gratificação financeira ao autor da demanda quando sua atuação tiver sido relevante na condução e êxito da ação coletiva.

²¹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação..., p. 111.

ser inferidas do sistema legal. Assim, defendia a legitimidade extraordinária como decorrente do próprio sistema legal²¹⁷.

Já a segunda, preconizada por Kazuo Watanabe, entendia que a legitimação era ordinária, pois se uma associação se constitui com o fim institucional de promover a tutela de interesses difusos, ao ingressar em juízo estará defendendo um interesse próprio, porquanto os interesses de seus associados e de outras pessoas eventualmente atingidas são também seus, uma vez que ela se propôs a defendê-los como sua própria razão de ser. Para justificar sua tese, lança mão da chamada teoria da “desconsideração da personalidade jurídica”, mas com o fim oposto de “consideração da personalidade jurídica”, propondo que a pessoa jurídica é “uma transparência, uma visibilidade, um veículo apenas, e seu objetivo estatutário é o dos próprios membros”.²¹⁸

Mais recentemente, após a edição da Lei da Ação Civil Pública, Néelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery²¹⁹ elaboraram nova teoria, afirmando que a dicotomia clássica entre legitimação ordinária e extraordinária só tem cabimento para a explicação de fenômenos envolvendo direito individual, pois quando a lei legitima alguma entidade a defender direito não individual (coletivo ou difuso), o

²¹⁷ Vale lembrar, como ensina ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 117, “que na legitimidade ordinária coincidem a figura das partes com os pólos da relação jurídica, material ou processual, real ou apenas afirmada, retratada no pedido inicial. Em conseqüência, os efeitos da decisão judicial operam-se diretamente no patrimônio das partes, sem qualquer distinção entre efeitos processuais e materiais. A parte legitimada, direta ou ordinariamente, no processo suporta todos os efeitos da decisão judicial, sem exceções, de vez que postula em nome próprio direito próprio.” Já com relação à legitimidade extraordinária, na p.134, o autor salienta que o que a caracteriza: “é, exatamente, a eficácia sobre o patrimônio ou sobre a esfera moral alheia de ato praticado, em nome próprio, por terceiro.”

²¹⁸ WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 95.

²¹⁹ NERY JÚNIOR; ANDRADE NERY, *Código....*, p. 1707.

legitimado não estará defendendo direito alheio em nome próprio porque não se pode identificar o titular do direito. Portanto, a legitimidade na defesa dos direitos difusos e coletivos não seria extraordinária, mas sim autônoma, já que a lei elegeu alguém para a defesa de direitos porque seus titulares não podem individualmente fazê-lo.²²⁰ Esta doutrina foi elaborada com base na teoria do “direito de condução do processo” (*Prozessführungsrecht*), concebida por Hellwig na tentativa de superar os óbices de lógica formal oponíveis à teoria da substituição processual e funda suas raízes na autorização, pelo direito objetivo, à condução do processo por um terceiro que não tenha relação com o direito material deduzido em juízo²²¹.

Mesmo considerando a relevância da argumentação dos defensores da natureza ordinária e autônoma da legitimação, entendemos, como Dinamarco²²², Zavascki,²²³ Castro Mendes²²⁴, Pedro da Silva Dinamarco²²⁵, entre outros, que a legitimidade nas ações civis públicas se dá na forma extraordinária, pois o autor da ação não é o titular da relação jurídica de direito material questionada. Isto porque o direito difuso, coletivo ou individual homogêneo não pertence ao autor em particular, mas sim à coletividade, seja ela determinada ou indeterminada. Assim, por exemplo, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não pertence

²²⁰ No mesmo sentido LEONEL, *Manual...*, p. 159-161, afirmando que quem demanda na defesa de interesses difusos ou coletivos, postula, ao mesmo tempo, em nome próprio e alheio, razão pela qual a sua legitimidade não pode ser enquadrada no sistema clássico de subdivisão entre ordinária e extraordinária. Já quando a discussão em juízo envolve direitos individuais homogêneos, o autor sustenta tratar-se de legitimação extraordinária. Também inclina-se desta forma GIDI, Antonio. *Coisa julgada*, p.42, salientando ser importante “observar a inconsistência pragmática de operar, em tela de ações coletivas, com a clássica dicotomia do direito processual ortodoxo que classifica a legitimidade processual em ordinária e extraordinária.”

²²¹ Conforme ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Mandado de segurança coletivo: desenvolvimento processual e conseqüências*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2000, p.104.

²²² DINAMARCO, *Fundamentos...*, p. 415.

²²³ ZAVASCKI, *Processo...*, p. 61.

²²⁴ CASTRO MENDES, *Ações ...*, p. 245.

²²⁵ DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação civil pública*. São Paulo: Saraiva, 2001, p.204.

apenas à associação especialmente criada para a defesa da mata atlântica, mas a todos os habitantes do planeta, ou melhor, como afirma a Constituição brasileira, à presente e às futuras gerações. A questão se torna ainda mais clara quando o titular da ação é o Ministério Público, pois neste caso não há como se cogitar que seja ele o titular do direito material. Embora não se possa negar que os legitimados defendam interesses institucionais, o certo é que agem em nome próprio, na defesa de um direito alheio de uma coletividade, substituindo-a.

Mesmo defendendo a legitimação extraordinária, também comungamos das advertências feitas por Lenza, que propõe

uma releitura do instituto clássico da *legitimação extraordinária*, tomado, agora, sob a *perspectiva coletiva*, no sentido de sempre haver a substituição de uma coletividade, mais ou menos determinada, chegando, muitas vezes, a ser indeterminável, como os titulares da relação jurídica material de bens ou interesses difusos, ligados por circunstâncias de fato. Percebe-se, então, que a *legitimação extraordinária* deve ser a *regra* da *tutela jurisdicional coletiva* na sociedade de massa, devendo ser dada preferência à “molecularização dos conflitos”. Trata-se, não de uma *legittimazione ordinaria sui generis*, conforme proposto por Vigoritti, mas, sob esta nova perspectiva coletiva, de uma *legitimação extraordinária sui generis*, havendo, no sentido proposto necessariamente substituição processual da coletividade, por um legitimado adequado.²²⁶

Da mesma forma, entendemos que, nas ações que visam a defesa de direitos individuais homogêneos, também a legitimidade é extraordinária, não procedendo as críticas de Gidi no sentido de que aqueles que defendem esta posição “não vêm como titular desse direito o conjunto de vítimas individualmente considerado, mas cada uma das vítimas como titular do seu direito individual²²⁷”. Ocorre que o equívoco do autor está em identificar um direito coletivo no conjunto dos individuais

²²⁶ LENZA, *Teoria...* p.191

²²⁷ GIDI, *Coisa...*, p. 43.

homogêneos, quando estes são apenas direitos subjetivos individuais, tratados coletivamente, ou seja, o seu tratamento coletivo não descaracteriza a natureza do direito material, que é individual e plenamente divisível.²²⁸

Finalmente, é preciso observar que, mesmo que o tema tenha perdido importância com a expressa previsão legal dos legitimados ativos para propositura da ação civil pública, a natureza da legitimação permanece relevante para o estudo das ações coletivas, pois o substituto processual, ao contrário do titular do direito material, não pode renunciar ao direito em que se funda a ação, reconhecer a procedência do pedido, transigir e confessar.²²⁹

3.4.1.4 A legitimação do Ministério Público

Como salientado anteriormente a grande maioria das ações civis públicas ajuizadas no Brasil nestes mais de vinte anos de experiência decorrem da atuação do Ministério Público, sendo inegável que a própria lei lhe conferiu papel de destaque na tutela coletiva, ao determinar sua intervenção obrigatória em todas as ações civis públicas, mas especialmente ao prever os instrumentos do inquérito civil

²²⁸ Como ensina MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Sobre a legitimação do Ministério Público em matéria de interesses individuais homogêneos. In: MILARÉ, Edis (Coord.) *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 91, “no que concerne aos interesses individuais homogêneos, o seu trato processual coletivo não decorre de sua natureza (que é individual) e sim de duas circunstâncias contingenciais”

²²⁹ ARMELIN, *Legitimidade...*, p. 135. Importa ressaltar que o compromisso de ajustamento de conduta não se constitui em forma de transação ou renúncia, pois a doutrina, embora discorde sobre a sua natureza jurídica (transação *sui generis*, negócio jurídico ou ato jurídico de reconhecimento), concorda que este não se presta a concessões relativas ao direito material por

e do compromisso de ajustamento.²³⁰ Portanto, entendemos necessário analisar, especificamente, a questão de legitimidade do *parquet*.

O artigo 127 da Constituição Federal estabelece que o Ministério Público é instituição permanente, considerada essencial à função jurisdicional, tendo como atribuição a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Já o artigo 129 da Carta elenca suas atribuições institucionais, estabelecendo 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.

Estas disposições constitucionais, que prevêm expressamente a possibilidade de defesa de outros interesses difusos e coletivos, mas não fazem menção aos direitos individuais homogêneos (expressão que foi utilizada pela primeira vez no Código de Defesa do Consumidor, em 1990) ocasionaram grandes discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da possibilidade do Ministério Público ajuizar ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, em especial quando estes se mostram disponíveis.

Para muitos doutrinadores²³¹, o Ministério Público somente possui legitimidade para a defesa de direitos individuais homogêneos indisponíveis,

parte do órgão público legitimado a tomá-lo, mas apenas a um acerto quanto ao exercício dos direitos, "ou seja, as condições de tempo, lugar e modo"(RODRIGUES, *Ação...*, p. 140)

²³⁰ O exame destes dois instrumentos foge aos objetos deste trabalho, já que aqui apenas se pretende analisar a tutela judicial dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Mas, sobre termo de ajustamento de conduta, consulte-se RODRIGUES, *op. cit.*

²³¹ DINAMARCO, P. S., *Ação...*, p. 213; CARNEIRO, Athos Gusmão. Direitos individuais homogêneos, limitações à sua tutela pelo Ministério Público. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 103, p. 189-198, jul./set. 2001.

argumentando estes que a Constituição não teria feito referência aos direitos individuais disponíveis.

No entanto, os adeptos desta corrente prendem-se exclusivamente ao conceito de direitos individuais indisponíveis e esquecem que o mesmo artigo 127 da Constituição outorgou ao Ministério Público a incumbência de promover a defesa dos interesses sociais. Além disto, não há qualquer vedação à previsão, por lei ordinária, de outras hipóteses de legitimação do Ministério Público para a defesa de direitos individuais, já que se mostra perfeitamente possível à lei prever casos de legitimação extraordinária e substituição processual. Tanto é assim que mesmo antes da edição da Constituição de 1988 a Lei nº 6.024, de 13/03/74 (relativa aos prejuízos causados aos credores por ex-administradores de instituições financeiras em liquidação) já previa a possibilidade do Ministério Público ajuizar ações coletivas na defesa de direitos individuais disponíveis e ninguém chegou a questionar a sua constitucionalidade ou recepção pelo atual sistema constitucional. Após a Constituição de 1988, a Lei nº 7.913/89 (que trata das ações de responsabilidade por danos causados aos investidores do mercado imobiliário) e o CDC estabeleceram outras hipóteses legais de legitimação ministerial para a defesa de direitos individuais disponíveis, recebendo, igualmente, ampla aceitação.

De qualquer modo, a questão permaneceu conflituosa nas hipóteses em que a legislação não disciplina expressamente a matéria, desenvolvendo a doutrina uma teoria intermediária, baseada na interpretação dos já mencionados artigos 127 e 129 da Constituição Federal, segundo a qual o Ministério Público está autorizado a ajuizar ação civil pública na defesa de direitos individuais homogêneos sempre que

este atingirem tal relevância que possam ser considerados de interesse social. O acréscimo da idéia de interesse social para configurar a legitimidade ativa do Ministério Público apresenta-se, no nosso entendimento, como o melhor posicionamento a ser adotado, pois busca dar maior efetividade ao processo coletivo, sem descurar da necessidade de existência de filtros que impeçam a utilização da ação civil pública para fins meramente privados.²³² Além disto, esta teoria adequa-se perfeitamente à justificativa teórica explanada anteriormente (teoria do interesse), pois as funções institucionais do Ministério Público, previstas constitucionalmente só admitem o ajuizamento de ações coletivas para a defesa de interesses sociais, sob pena de não haver coincidência entre o interesse do grupo representado e do autor coletivo. Por exemplo, não há qualquer identificação entre o interesse dos condôminos de um edifício, buscando questionar uma decisão do síndico, e o Ministério Público, instituição criada para defender os interesses sociais, razão pela qual não se justifica o ajuizamento de ação coletiva pelo órgão público.

Zavascki, de forma brilhante, resume a questão:

Não cabe ao Ministério Público, portanto, bater-se em defesa de todos e quaisquer direitos ou interesses individuais, ainda que, por terem origem comum, possam ser classificados como homogêneos. Interesses individuais homogêneos não são, necessariamente, interesses sociais. Todavia, quando tais interesses individuais homogêneos, mais que a soma de situações particulares, possam ser qualificados como de interesse comunitário, nos termos acima enunciados, não há dúvida de que o Ministério Público estará legitimado a atuar, porque nessas circunstâncias estará atuando em defesa de interesses sociais. A identificação dessa espécie de interesse social compete tanto ao legislador (como ocorreu, v.g., nas Leis nº 8.078/90, 7913/89 e 6024/74), como ao próprio Ministério Público, caso a caso, mediante o preenchimento valorativo da cláusula constitucional à vista de situações concretas e à luz dos valores e princípios

²³² O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, já citado, busca dirimir a controvérsia, estabelecendo que o Ministério Público é legitimado para a defesa dos direitos difusos e coletivos, bem como dos individuais homogêneos de interesse social.

consagrados no sistema jurídico, tudo sujeito ao crivo do Poder Judiciário, a quem caberá a palavra final sobre a adequada legitimação.²³³

O interesse social referido pela Constituição e adotado como critério definidor da legitimidade do Ministério Público possui significado substancialmente equivalente ao interesse público previsto no art.82, inciso III, do CPC²³⁴, definido por Camargo Ferraz como

o interesse à preservação permanente de valores transcendentais dessa sociedade, não é, assim, o interesse de um, de alguns, de um grupo ou de uma parcela da comunidade, nem mesmo é o interesse só do Estado, enquanto pessoa jurídica empenhada na consecução de seus fins. É o interesse de todos, abrangente e abstrato. E por ser de todos não é de ninguém.²³⁵

Portanto, os interesses sociais ligam-se às idéias e valores que norteiam a sociedade, em um determinado momento histórico, cuja preservação e tutela o ordenamento jurídico consagra como importantes e indispensáveis, não só para pessoas ou entidade individualmente consideradas, mas para a sociedade como um todo, para seu progresso material, institucional ou moral.²³⁶ Trata-se de conceito vago, indeterminado, que precisa ser preenchido, mediante interpretação, a ser realizada, no caso concreto, mediante a utilização de valores constitucionais.

²³³ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. Tese(Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2005, p. 55. No mesmo sentido GIDI, op. cit., p. 51: Para legitimar a atuação do Ministério Público é preciso que haja “manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”, para usar, analogicamente, as próprias palavras da lei (CDC, art.82, § 1º).”

²³⁴ Ibidem, p.215. Também neste sentido, BUENO, *Amicus curiae...*, p. 470, anota: “Não será por acaso que ninguém poderá negar que o interesse público que impõe a participação do Ministério Público na qualidade de *custos legis* para os fins do art.82, III, do Código de Processo Civil é o “mesmo” interesse público que viabiliza que ele, Ministério Público (ou outros entes expressamente aceitos pelo nosso sistema jurídico), busquem sua tutela jurisdicional *coletivamente*, isto é, de forma que transcende o indivíduo e os seus *específicos e próprios* interesses, na exata medida em que aquele “interesse” possa ser capturado fora de uma específica e singular relação jurídica entre dois sujeitos.”

²³⁵ CAMARGO FERRAZ, Antônio Augusto Mello de. *Considerações sobre interesse social e interesse difuso*. In: MILARÉ, Édis (Coord). *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005, p.63.

²³⁶ ZAVASCKI, op. cit., p.225.

O Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 195.056-1/PR, afirmou que o conceito de interesse social é uma idéia carregada de ideologia e valor, mas que não pode ser preenchida pela livre apreciação subjetiva, quer do agente do Ministério Público, quer do órgão jurisdicional, devendo partir da identificação do seu assentamento nos pilares da ordem social projetada pela Constituição e na sua correspondência à persecução dos objetivos fundamentais da República, sugerindo que o interesse social esteja ligado às metas da República: “construir uma sociedade livre, justa e solidária” e “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.”

A análise das idéias do Ministro indica que a definição do conceito de interesse social não é tarefa simples. Os “critérios” por ele utilizados também são vagos, já que os conceitos de sociedade livre, justa e solidária são igualmente abertos.

Neste contexto, a interpretação jurisprudencial assume especial relevância, pois é ela quem vai outorgar os parâmetros para a aplicação do conceito. Os Tribunais Superiores vêm adotando o entendimento aqui defendido, admitindo a legitimidade ativa do Ministério Público, mas apenas quando os direitos individuais homogêneos disponíveis assumem, pelas suas proporções, pela relevância do bem jurídico, pela condições dos interessados ou por qualquer outra causa, uma dimensão social. Neste sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal:

1. LEGITIMIDADE PARA A CAUSA. Ativa. Caracterização. Ministério Público. Ação civil pública. Demanda sobre contratos de financiamento firmados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação - SFH. Tutela de

direitos ou interesses individuais homogêneos. Matéria de alto relevo social. Pertinência ao perfil institucional do MP. Inteligência dos arts. 127 e 129, incs. III e IX, da CF. Precedentes. O Ministério público tem legitimação para ação civil pública em tutela de interesses individuais homogêneos dotados de alto relevo social, como os de mutuários em contratos de financiamento pelo Sistema Financeiro da Habitação. 2. RECURSO. Embargos de declaração. Acórdão. Correção de erro material na ementa. Revogação de condenação ao pagamento de multa por litigância de má-fé. Embargos acolhidos, em parte, para esses fins. Embargos de declaração servem para corrigir erro material na redação da ementa do acórdão embargado, bem como para excluir condenação ao pagamento de multa, quando descaracterizada litigância de má-fé.²³⁷

Além disto, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já definiram, em algumas questões, o que se configuraria ou não como interesse social. Assim, entendem haver impossibilidade de ajuizamento de ações civis públicas relativas a tributos (mesmo aquelas que se referem a período anterior à edição da MP 2.180/01)²³⁸ e a possibilidade destas para a defesa de consumidores²³⁹. No que se refere às questões previdenciárias também há uma inclinação no Superior Tribunal de Justiça pela ilegitimidade do *parquet*²⁴⁰, embora existam decisões em sentido contrário, sustentando que tais ações, em razão do seu campo de abrangência, têm repercussão no interesse público²⁴¹. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal reconhece legitimidade ao Ministério Público para ajuizar

²³⁷ BRASIL. STF. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário Nº 470.135/MT. Segunda Turma. Relator: Min. Cezar Peluso. Julgado em: 22 maio 2007.

²³⁸ Neste sentido são os seguintes julgados: BRASIL. STF. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário Nº: 559985/DF. Segunda Turma. Relator: Min. Eros Grau. Julgado em: 04 dez. 2007; BRASIL. STJ. Recurso Especial Nº: 79941/RS. Primeira Turma. Rel: Min. Luiz Fux. Julgado em: 18 out. 2007; BRASIL. STJ. Agravo Regimental no Agravo Regimental Nº: 669371/RS. Primeira Turma. Rel: Min. Francisco Falcão. Julgado em: 11 out. 2007; BRASIL. STJ. Agravo Regimental no Recurso Especial Nº: 531985/SP. Sexta Turma. Rel: Min. Eliana Calmon. Julgado em: 15 jun. 2006.

²³⁹ BRASIL. STF. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário Nº: 424048/SC. Primeira Turma. Rel: Min. Sepúlveda Pertence. Julgado em: 25 out. 2005; BRASIL. STF. Recurso Extraordinário Nº: 441318. Primeira Turma. Rel: Min. Marco Aurélio. Julgado em: 25 out. 2005; BRASIL. STJ. Recurso Especial Nº: 6847121/DF. Primeira Turma. Rel: Min. José Delgado. Julgado em: 07 nov. 2006; BRASIL. STJ. Agravo Regimental no Recurso Especial Nº: 63470/CE. Terceira Turma. Rel: Min. Nancy Andrighi. Julgado em: 29 nov. 2005.

²⁴⁰ BRASIL. STJ. Agravo Regimental no Recurso Especial Nº: 441815/SC. Sexta Turma. Rel: Min. Paulo Gallotti. Julgado em: 20 mar. 2007; BRASIL. STJ. Embargos de Divergência no Recurso Especial Nº: 448684/DF. Terceira Seção. Rel: Min. Laurita Vaz. Julgado em: 28 jun. 2006.

²⁴¹ BRASIL. STJ. Recurso Especial Nº: 413986/PR Quinta Turma. Rel: Min. José Arnaldo Fonseca. Julgado em: 15 out. 2002.

demandas relativas ao Sistema Financeiro da Habitação, entendendo que se trata de matéria de alto relevo social.²⁴²

3.4.1.5 A representatividade adequada

A representativa adequada é um instituto característico das *class action* norte-americanas, pois nestas cabe ao magistrado, na fase processual conhecida como certificação (*certification*), verificar a chamada *adequacy of representation*, ou seja, se o autor da demanda possui condições de representar adequadamente os membros da classe ausentes, garantindo assim, o devido processo legal, e permitindo a extensão da coisa julgada aos que não participaram do processo. A adequada representação, assim, funciona como mecanismo apto a garantir o direito ao contraditório aqueles que não participaram do processo porquanto, nas palavras de Grinover, “os adequadamente representados não são propriamente terceiros.”²⁴³

No Brasil, embora o Projeto de Lei nº 3.034/84, elaborado pelos juristas Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Júnior, proposto pelo Deputado Flávio Bierrenbach, estabelecesse a possibilidade do juiz avaliar a representatividade adequada da associação autora²⁴⁴, a lei promulgada (Lei nº 7347/85)²⁴⁵ optou por um critério mais objetivo, havendo

²⁴² BRASIL. STF. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário Nº 470135-9/MT. Segunda Turma. Rel: Min. Cezar Peluso. Julgado em: 22 maio 2007.

²⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5.ed.Rio de Janeiro:Forense Universitária, 1998.,p. 708.

²⁴⁴ Conforme GIDI, *Coisa...*, p. 47

²⁴⁵ No Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, os doutrinadores tentam novamente incorporar ao sistema jurídico brasileiro o conceito de representatividade adequada, pois

presunção da representatividade, no caso do Ministério Público e demais entes públicos. Já das associações apenas se exige que estejam constituídas há mais de um ano e possuam pertinência temática com o objeto da demanda.

Portanto, como lembra Gidi²⁴⁶, a diferença entre os dois sistemas reside no fato de que no americano a *adequacy of representation* é um conceito juridicamente indeterminado, devendo ser integrado no caso concreto pelo convencimento do juiz e pelo sistema vinculante dos precedentes, enquanto no Brasil os requisitos são previstos em lei.²⁴⁷

3.5 A coisa julgada

A regra geral dos limites subjetivos da coisa julgada no processo civil individual está prevista no artigo 472 do Código de Processo Civil e estabelece que “a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando,

estabelecem que a pessoa física ou o membro do grupo devem comprová-la, demonstrando dados como a sua credibilidade, capacidade e experiência; seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos e sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado.

²⁴⁶ GIDI, *Coisa...*, p. 47.

²⁴⁷ No mesmo sentido é o entendimento de MAFRA LEAL, *Ações...*, p. 69. Já MIRRA, Álvaro Luiz Varlery. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente: representatividade adequada dos entes intermediários legitimados para a causa*. In: MILARÉ, Edis (Coord.) *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 33-57, após admitir que o sistema brasileiro não permite o controle judicial sobre a adequação da representatividade, conclui afirmando que: “vem sendo objeto de contestação doutrinária mais recentemente, em virtude de manifestações de estudiosos de grande autoridade na matéria, segundo os quais deve ser admitido, mesmo à luz do direito brasileiro vigente, o controle pelo juiz, em cada caso concreto, da representatividade adequada dos entes intermediários para as ações coletivas em defesas dos interesses e direitos difusos.”

nem prejudicando terceiros”²⁴⁸. No entanto, para ser aplicado às ações civis públicas, o instituto precisou receber algumas adaptações, especialmente em razão da indivisibilidade que caracteriza os direitos difusos e coletivos. Desta característica essencial decorre o fato de que “a decisão proferida atingirá necessariamente a esfera jurídica de todos os membros da coletividade ou do grupo”²⁴⁹. Mas, mesmo nos casos em que a ação civil pública tiver por objeto direitos individuais homogêneos, a disciplina da coisa julgada merece especial tratamento, pois também nestes os legitimados a agir no processo não são os titulares do direito material. Ao lado destas circunstâncias especiais, também tem-se a necessidade de que as garantias decorrentes do devido processo legal em relação aos terceiros sejam devidamente asseguradas nas demandas de espectro coletivo.²⁵⁰

No Brasil a sistemática da coisa julgada nas ações civis públicas está disciplinada não apenas no artigo 16 da Lei nº 7.347/85, como também no artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor²⁵¹, estabelecendo este que a sentença fará

²⁴⁸ Importa lembrar que o sistema dos limites subjetivos da coisa julgada adotado pelo CPC é nitidamente inspirado em Liebman, para quem “a autoridade da coisa julgada não é um efeito da sentença, como postula a doutrina unânime, mas sim, modo de manifestar-se e produzir-se dos efeitos da própria sentença, algo que a esses se ajunta para qualificá-los e reforçá-los em sentido bem determinado.” (LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. 2. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1981, p. 46). Também é preciso registrar, como faz MITIDIERO, Daniel Francisco. Coisa julgada: limites objetivos e eficácia preclusiva. In: INTRODUÇÃO ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Fabris, 2004, p. 188, que “a coisa julgada não é algo essencial à decisão judicial, mas corresponde à prevenção do perigo de que se discuta perpetuamente sobre a existência, validade e eficácia de determinada situação jurídica, gerando-se um clima de incerteza constante no mundo do Direito.” No mesmo sentido LACERDA, Galeno. Ação civil pública. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 19, p. 11-33, 1986, p. 17: “Há um erro muito grande em se considerar a coisa julgada como um efeito necessário da sentença jurisdicional. Não! Absolutamente não! A coisa julgada nada mais é do que uma exigência da natureza política e não necessariamente jurídica. Por que? Porque há necessidade de que os conflitos tenham fim, daí esse efeito de imutabilidade da sentença que julga o mérito dos litígios, das demandas.”

²⁴⁹ GIDI, *Coisa...*, p. 59.

²⁵⁰ TUCCI, José Rogério Cruz e. Limites subjetivos da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 143, p. 42-64, jan. 2007, p.48.

²⁵¹ Como explicitado anteriormente, no item 1.2, as disposições do Código de Defesa do Consumidor aplicam-se à ação civil pública, por força do artigo 21 da Lei nº 7.347/85 (introduzido pelo próprio Código de Defesa do Consumidor), havendo reciprocidade entre os dois diplomas legais.

coisa julgada: *erga omnes*, nos casos em que o objeto da lide for direito difuso, salvo se a ação for julgada improcedente por insuficiência de provas; *ultra partes*, quando o direito for coletivo, mas também ressaltando-se a hipótese de improcedência por insuficiência de provas²⁵² e, finalmente, *erga omnes*, em se tratando de direitos individuais homogêneos, mas apenas quando a sentença for de procedência.

Assim, quando a ação tiver por objeto direitos difusos e coletivos, como regra, gerará efeitos para além das partes do processo. Apenas ficará restrita às partes do processo, quando for julgada improcedente por insuficiência de provas. Neste caso, poderá ser proposta novamente, desde que apresentadas novas provas.²⁵³ Já no caso de ação cujo objeto versar sobre direitos individuais homogêneos, a ação de improcedência não terá efeitos sobre aqueles que não participaram do processo. A de procedência, por sua vez, irá beneficiar os titulares de ações individuais, que poderão propor diretamente a liquidação da sentença coletiva (art.103, § 3º, do CDC).

Este regime de coisa julgada, adotado no Código de Defesa do Consumidor, denominado *secundum eventum litis*,²⁵⁴ quando a extensão subjetiva do julgado só

²⁵² VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 175, observa que o fundamento do tratamento diferenciado nas ações coletivas justifica-se pela necessidade de se impedir que um dos legitimados apresente provas deficientes à comprovação do que alega, com o fito de levar à improcedência da ação. Se o sistema não previsse a norma em comento, a eficácia *erga omnes* seria imposta a todos os demais legitimados, impedindo que o direito em questão pudesse ser efetivamente defendido.

²⁵³ A doutrina discute sobre a possibilidade do mesmo titular da ação original ajuizar nova demanda, VIGLIAR, op. cit., p. 176 entende ser possível o mesmo autor ajuizar nova demanda com base em outras provas.

²⁵⁴ GIDI, *Coisa...*, p. 73, afirma não ser esta a expressão mais técnica, porquanto a “coisa julgada sempre se formará, independentemente de o resultado da demanda ser pela procedência ou pela improcedência. A coisa julgada nas ações coletivas se forma *pro et contra*. O que diferirá, de acordo com o “evento da lide”, não é a formação ou não da coisa julgada, mas o rol de pessoas por ela atingidas. Enfim, o que é *secundum eventum litis* não é a formação da coisa julgada, mas a sua extensão “*erga omnes*” ou “*ultra partes*” à esfera jurídica individual de terceiros prejudicados pela

for utilizada para os casos de acolhimento da demanda, já recebeu severas críticas de abalizada doutrina. Luiso e Vigoritti²⁵⁵ salientam que a não oponibilidade do julgado negativo frustraria a necessidade de uniformização das decisões nas ações coletivas, além de impor um desequilíbrio às partes e um excessivo ônus ao réu, obrigado a repetir sua defesa. Barbosa Moreira²⁵⁶, por sua vez, assevera que tal mecanismo poderia acarretar a formação de coisas julgadas contraditórias, pois, se um legitimado ajuizasse a ação contra o réu e tivesse uma sentença de improcedência por falta de provas, poderia outro legitimado intentar nova ação que, julgada procedente, beneficiaria a todos, inclusive o primeiro autor. Castro Mendes²⁵⁷ e Mafra Leal²⁵⁸ também dirigem críticas à técnica, afirmando que, embora justificável no plano sociológico e político, é contraditória no plano teórico, pois somente considera o “representante adequado” quando a ação é benéfica.

No entanto, Grinover,²⁵⁹ defendendo as posições adotadas pelo Código de Defesa do Consumidor, refuta tais argumentos, alegando que o contraditório não é sacrificado pela técnica do julgado *secundum eventum litis* porquanto o demandado integra a lide na ação coletiva, sendo de se supor que, em razão da magnitude da demanda, tenha concentrado todos os seus esforços no exercício da defesa. No entanto, o mesmo não se pode dizer em relação aos que em juízo tenham sido porventura inadequadamente representados. Por outro lado, as demandas sucessivas somente teriam alguma chance de êxito em casos excepcionais, que são

conduta considerada ilícita na ação coletiva (é o que se chama extensão *in utilibus* da coisa julgada).

²⁵⁵ apud GRINOVER, Ada Pellegrini. O novo processo do consumidor. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 62, p. 141-152, abr./jun. 1991, p. 14.

²⁵⁶ BARBOSA MOREIRA, A ação..., p. 123.

²⁵⁷ CASTRO MENDES, *Ações...*, p. 264-265; p. 263.

²⁵⁸ MAFRA LEAL, *Ações...*, p. 209.

²⁵⁹ GRINOVER, *Código...*, p. 711.

justamente aqueles que levam a propugnar a adoção da coisa julgada *secundum eventum litis*.

No tocante ao alegado risco de decisões contraditórias, os inconvenientes apontados podem ser evitados reservando-se o ajuizamento de nova ação, em caso de derrota do autor coletivo, somente a pessoas físicas, em caráter individual, com a coisa julgada formando-se normalmente entre as partes.

Em contrapartida, prossegue a autora, a extensão da coisa julgada a terceiros que não foram parte no processo, no caso de sentença de improcedência, ofereceria riscos demasiados, principalmente quando se tratasse de direitos indivisíveis. Nas palavras da doutrinadora:

A opção legislativa, assim, visou harmonizar a índole da coisa julgada nas ações coletivas e sua necessária extensão a terceiros com as garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (art.5º, inc LIV e LV, da Const.), as quais obstam a que o julgado possa desfavorecer aquele que não participou da relação jurídico-processual, sem o correlato, efetivo controle sobre a **representatividade adequada** e sem a segurança da efetiva possibilidade de utilização de técnicas de intervenção no processo e de exclusão da coisa julgada.²⁶⁰

De qualquer modo, embora passível de críticas, entendemos como Gidi²⁶¹, que a adoção desta sistemática foi a que melhor se conformava com o sistema brasileiro, ao menos no momento da edição do Código de Defesa do Consumidor. Não podemos esquecer que a idéia de um regime similar de coisa julgada, ao menos no tocante aos casos de improcedência por insuficiência de provas, já havia sido

²⁶⁰ GRINOVER, *Código...*, p. 712.

²⁶¹ GIDI, *Coisa ...*, p. 71

adotado pela lei da ação popular (Lei nº 4.717/65)²⁶², repetindo-se na lei da ação civil pública (Lei nº 7347/85)²⁶³. Por outro lado, a idéia de comparecimento ao processo para afirmar que não deseja se submeter à coisa julgada (*opt-out*) seria difícil de transpor à realidade brasileira, diante da deficiência de informação, ausência de conscientização de enorme parcela da sociedade, desconhecimento dos canais de acesso à justiça e a distância existente entre o povo e o Poder Judiciário.²⁶⁴

Outra questão que merece ser abordada diz respeito ao âmbito da eficácia da sentença proferida na ação civil pública, pois o artigo 16 da Lei nº 7347/85, com a redação dada pela Lei nº 9.494, de 10/09/97, passou a dispor que a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, nos limites da competência territorial do órgão prolator.

A nova redação dada ao artigo 16 sofreu severas críticas da doutrina²⁶⁵, que a reputou inoperante, pois confundiu os conceitos de competência e extensão subjetiva da coisa julgada. A alteração legislativa foi mesmo infeliz, pois em se tratando de direitos difusos e coletivos, portanto, indivisíveis, não pode uma alteração legislativa determinar em que locais a sentença irá produzir seus efeitos, pois não pode a lei contrariar a realidade. Assim, por exemplo, se um fabricante de

²⁶² Dispõe o artigo 18 da citada lei: A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por insuficiência de prova; neste caso, qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

²⁶³ Estabelece o art.16: A sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*, exceto se a ação for julgada improcedente por deficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

²⁶⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Da coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 33, p. 5-15, dez. 1990, p. 7.

²⁶⁵ LENZA, *Teoria...*, p., GRINOVER, *Código...*, p. 725, NERY JÚNIOR, ANDRADE NERY, *Código...* p. , CASTRO MENDES, *Ações ...*, p. 264-265.

brinquedos lança um produto que causa danos à saúde das crianças, a decisão que determina a suspensão da venda do produto deve valer em todo o território nacional, pois não há qualquer motivo razoável para que se proteja a saúde das crianças do Rio Grande do Sul e não as de Santa Catarina. De forma ainda mais grave, não é possível que um rio seja considerado poluído em uma comarca e não em outra, quando os efeitos deletérios atingirem mais de uma cidade.

Gidi²⁶⁶ observa com muita pertinência que ninguém jamais ousou questionar se um casal divorciado em determinada Justiça Estadual permaneceria com o estado civil de casado em todos os demais Estados da Federação. O mesmo raciocínio deve valer para a ação civil pública, uma vez que, respeitada a competência estabelecida pelo art.93 do CDC, a coisa julgada da ação coletiva poderá atingir toda a comunidade ou coletividade ou vítimas lesadas pelo ato ilícito do fornecedor.²⁶⁷

Portanto, a alteração trazida pela Lei nº 9.494/95 não pode ser acolhida, já que totalmente desprovida de razoabilidade.²⁶⁸

²⁶⁶ GIDI, *Coisa...*, p. 88.

²⁶⁷ Neste sentido vem se manifestando a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da Quarta Região, como demonstra a seguinte ementa: "Em sendo o alegado dano de âmbito nacional, estendendo-se por expressiva parcela do território brasileiro (senão toda), os efeitos da decisão proferida em **ação civil pública** não podem ficar contidos apenas na circunscrição territorial do órgão prolator da decisão" (BRASIL. Tribunal Regional Federal, 4ª Região. 2ª Seção. EAC EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL; Processo n.2002.04.01.000611-1/PR. Relator: Edgard Lippmann Júnior. decisão: 14 mar. 2005. DJU 13 abr. 2005, p. 469). No mesmo sentido: BRASIL. Tribunal Regional Federal, 4ª Região. 2ª Turma. AG 2002.04.01.054431-5/PR. Relator: João Surreaux Chagas. decisão 4 abr. 2003. DJU 16 jun. 2003, p. 579.

²⁶⁸ Interessante salientar a posição de ZAVASCKI, *Processo...*, p. 65, que propõe uma interpretação "sistemática e construtiva", para afirmar que "a eficácia territorial a que se refere o art.16 da Lei nº 7.347/85 diz respeito apenas às sentenças proferidas em ações coletivas para a tutela de direitos individuais homogêneos, de que trata o art.2º-A da Lei nº 9.494, de 1997 e não, propriamente, às sentenças que tratem de típicos direitos transindividuais." Já GRINOVER, *Código...*, p. 725,

3.5.1 O efeito secundário da sentença de procedência

O § 3º do artigo 103 do CDC outorgou à sentença de procedência proferida em ação civil pública o efeito secundário de tornar certa a obrigação do réu de indenizar os danos individuais, a exemplo do que já existia no nosso sistema processual com a sentença penal condenatória. Assim, os titulares do direito individual violado poderão ingressar diretamente com a liquidação e a execução da sentença, independente de novo processo de conhecimento. É o chamado efeito *in utilibus*. Por exemplo, se na ação coletiva ficou reconhecido um dano ambiental (que um navio despejou óleo no rio, causando a mortandade de peixes), os pescadores da região, individualmente ou em litisconsórcio facultativo, poderão aproveitar esta decisão e ajuizar diretamente a liquidação da sentença, com o fito de mensurar seus prejuízos, uma vez que o dano já foi reconhecido e não precisa ser novamente provado. Como salienta Mafra Leal²⁶⁹, na verdade, “o que se aproveita não é propriamente a coisa julgada, mas a atribuição de que o fato foi causado por aquela determinada pessoa, que originou a um só tempo danos ambientais e individuais.”

3.6 A litispendência, a conexão e a continência

entende que a alteração legislativa não se aplica aos direitos individuais homogêneos porque somente houve modificação do art.16 da lei da ação civil pública e não do art.103 do CDC.

²⁶⁹ MAFRA LEAL, *Ações...*, p. 207.

Os institutos da litispendência, da conexão e da continência objetivam evitar decisões contraditórias sobre o mesmo objeto, tanto do ponto de vista lógico como do prático, possuindo função claramente preventiva. A identificação destes, que não se mostra simples nem mesmo no processo individual, atinge feições ainda mais complexas quando se examinam ações coletivas, pois nestas a lei outorga a pessoas e órgãos diversos legitimidade para defender em juízo direitos alheios, o que impõe a extensão dos efeitos da sentença a pessoas que não participaram do processo. Além disto, a indivisibilidade do objeto, nos difusos e coletivos, e a existência de direitos decorrentes de origem comum, nos individuais homogêneos, impedem a simples transposição das normas previstas no CPC aos processos coletivos, impondo-se a devida adaptação, sob pena de ineficácia dos institutos, com emissão de provimentos jurisdicionais contraditórios.

No Código de Processo Civil, os três institutos estão definidos legalmente e seu reconhecimento depende do maior ou menor grau de identidade entre as ações. Assim, na litispendência há total identidade entre as demandas, que possuem as mesma partes, o mesmo pedido e causa de pedir; na conexão, há comunhão de objeto ou causa de pedir e, finalmente, na continência, há identidade entre as partes e a causa de pedir, mas o objeto de um ação, por ser mais amplo, abrange o das outras. A consequência da conexão e da continência é a mesma: a reunião das ações, no juízo prevento, para que sejam julgadas simultaneamente. Já a litispendência impõe a extinção da ação ajuizada posteriormente.

No sistema coletivo, não existem disposições detalhadas sobre as questões, situação que ocasiona aplicações equivocadas dos dispositivos do processo

individual, em especial no que se refere à concomitância entre ações coletivas. Ocorre que, em se tratando de processo coletivo, qualquer conclusão a respeito do assunto deve partir dos aspectos essenciais das ações coletivas, a representação em juízo de direito alheio e a extensão da coisa julgada a quem não participou do processo. Estes impõem um contorno especial ao conceito de parte, influenciando na definição da identidade de ações. Como salienta Wambier, no que diz respeito ao autor da ação coletiva, é “absoluta a irrelevância de que se reveste o dado relativo a quem intente a ação”²⁷⁰, pouco importando se o autor é o Ministério Público, o Estado ou uma associação, pois “o aspecto subjetivo da litispendência, que nas ações individuais se verifica pelo exame das partes, nas ações coletivas se afere em função das pessoas que serão atingidas pelos efeitos da decisão”²⁷¹, ou seja, os titulares do direito material deduzido no processo.

A questão mostra-se evidente quando se analisam exemplos práticos, pois, se o Ministério Público ajuizar uma ação visando à reparação de danos causados ao meio ambiente pelo despejo de dejetos tóxicos em um rio e, posteriormente, uma associação ajuizar nova demanda com base nos mesmos fatos e fundamentos

²⁷⁰ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Litispendência em ações coletivas. In: *Processo Coletivo: aspectos relevantes, v.2: estudos em homenagem ao pro.Humberto Theodoro Júnior*. Coordenadores: Bento Herculano Duarte e Ronnie Preuss Duarte. São Paulo: Médodo, 2007, p.567.

²⁷¹ Ibidem, p. 568. No mesmo sentido WATANABE, Kazuo. Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense. *Revista de Processo*. V.67. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro 1992, p.19, sustenta que, se o que o expõe o autor da demanda coletiva como *causa de pedir*, no aspecto ativo, são os interesses ou direitos “difusos” ou “coletivos”, caracterizados pela *natureza transindividual e o caráter indivisível*, e no aspecto passivo, a violação desse mesmo interesses ou direitos, e formula ele o *pedido de tutela* coletiva desses interesses ou direitos transindividuais e indivisíveis, é suficiente uma só demanda coletiva para a proteção de todas as pessoas titulares desses interesses ou direitos, pois não faz qualquer sentido admitir-se uma segunda demanda. De pronto é constatável a ocorrência de litispendência. Pensar em sentido contrário: “comprometeria, sem qualquer razão plausível, o objetivo colimado pelo legislador, que foi o de tratar molecularmente os conflitos de interesses coletivos, em contraposição à técnica tradicional de solução atomizada, para como isso conferir peso político maior às demandas coletivas, solucionar mais adequadamente os conflitos coletivos, evitar decisões conflitantes e aliviar a sobrecarga do Poder Judiciário, atulhado de demandas fragmentárias.

jurídicos, postulando, igualmente, a reparação dos danos, não há qualquer dúvida de que existe identidade entre as causas, impondo-se a extinção da segunda, sob pena de se correr o risco de obtenção de julgamentos contraditórios.

Da mesma forma, ocorrerá conexão se, no mesmo exemplo anterior, a primeira ação postular a interdição da empresa causadora do dano, e a segunda requerer a indenização pelos danos causados ao meio ambiente, hipótese em que o pedido de cada uma das ações é diverso, mas a causa de pedir é idêntica.

Finalmente, se na segunda ação a associação postular, além da indenização, também a interdição da empresa, haverá continência, pois com a mesma fundamentação causal e jurídica, os pedidos formulados na segunda ação são mais abrangentes.

Portanto, para aferição de litispendência entre ações coletivas, pouco importa a parte que ajuíza a demanda, mas sim quem irá suportar os efeitos da sentença. Esta é uma questão tranqüila na doutrina²⁷², mas a jurisprudência, talvez em razão do disposto no parágrafo único do art.2º da Lei nº 7.347/85, que estabelece a prevenção do juízo perante o qual foi proposta a mesma ação em relação a todas as posteriores com a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto, vem, equivocadamente, entendendo ser hipótese de conexão e determinando a reunião das causas para julgamento conjunto, quando há identidade de pedidos e causa de pedir, mas diversidade de partes²⁷³. Nestas situações, o correto seria a extinção da

²⁷² Assim entendem, além dos já citados Wambier e Watanabe, MANCUSO, *A concomitância...*, p.164; LEONEL, *Manual...*, p. 253. e CASTRO MENDES, *Ações coletivas...*, p. 260.

²⁷³ Assim decidiu o Superior Tribunal de Justiça: CC 57558 / DF- CONFLITODECOMPETÊNCIA 2005/0215616-5 Relator(a) Ministro LUIZ FUX (1122) Órgão

segunda ação, independentemente do destino da primeira. Esta é a solução mais correta tecnicamente e também possui vantagens práticas, pois a reunião de ações idênticas em um mesmo juízo, embora possa contribuir para participação no processo, alargando o contraditório, pode acarretar dificuldades na tramitação de todas as ações, bastando imaginar-se hipótese de ajuizamento de grande número de ações coletivas idênticas, tramitando num mesmo juízo por prevenção. Nesta situação, impedem-se as decisões contraditórias, mas, em contrapartida, perde-se em celeridade e economia processual, contrariando os objetivos da própria existência das ações coletivas. Ademais, considerando o entendimento vigente no sentido de que a reunião dos processos não é obrigatória em caso de conexão, inclusive porque há hipóteses em que ele é de difícil realização (quando um dos processos já estiver em Tribunal Superior e outro iniciando, por exemplo), a confusão entre os conceitos de conexão e litispendência pode levar a decisões contraditórias.

Além da concomitância entre ações coletivas, é possível que um mesmo fato dê ensejo ao ajuizamento de uma ação coletiva e outras individuais. O Código de Defesa do Consumidor, no seu artigo 104, regula esta hipótese, afastando expressamente a possibilidade de litispendência entre uma ação individual e outra coletiva, versando sobre o mesmo objeto. Esta parte do dispositivo legal mostra-se totalmente desnecessária, pois uma ação individual nunca será idêntica a outra coletiva. Já a conexão é possível, pois a demanda coletiva e a individual poderão ser

propostas com base no mesmo fato e fundamentação jurídica. Nestes casos, é preciso aferir a conveniência da reunião dos feitos, em cada caso concreto, podendo esta ser útil quando houver a possibilidade de se aproveitar a prova, por exemplo, e não impedir o célere andamento de ambos os feitos.²⁷⁴ De qualquer modo, o artigo citado regula outra forma de relação entre as demandas coletivas e as individuais, determinando que os efeitos das sentenças proferidas em ações que versem sobre direitos coletivos ou individuais homogêneos não beneficiarão os autores individuais se estes não postularem a suspensão do processo individual no prazo de 30 dias, contados da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva. Exemplificando, se uma associação de aposentados ajuiza uma ação civil pública buscando a reposição de perdas inflacionárias e, ao mesmo tempo, um grupo de aposentados ajuiza ações individuais com o mesmo pedido, poderão os autores das ações individuais requerer a suspensão de seus processos e aguardar a decisão final da ação civil pública. Neste caso, serão beneficiados com a sentença de procedência. Se a decisão final da ação coletiva for de improcedência, poderão prosseguir normalmente com seus processos. Todavia, se não postularem a suspensão, não poderão ser beneficiados com a decisão final tomada na ação coletiva, devendo aguardar e se sujeitar à decisão proferida no processo individual.

Castro Mendes²⁷⁵ faz severas críticas ao artigo 104 do CDC pois teria desprezado os dois sistemas utilizados no direito comparado: o de inclusão (*opt-in*), no qual os interessados deverão requerer seu ingresso até determinado momento; e o de exclusão (*opt-out*), onde os indivíduos ausentes devem solicitar ao juiz sua

MARTINS (1094) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 06/04/2004 Data da Publicação/FonteDJ31.05.2004p.253.

²⁷⁴ LEONEL, *Manual do processo...*, p. 257.

²⁷⁵ CASTRO MENDES, *Ações...*, p. 261.

esvinculação da ação coletiva, deixando 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.

Segundo o citado autor

A não adoção do sistema de exclusão pode ser atribuída como a principal causa da incapacidade que as ações coletivas vêm demonstrando, no Brasil, para impedir ou atenuar a verdadeira sangria de centenas e milhares de ações individuais decorrentes de origem comum, as chamadas “ações repetitivas”²⁷⁶

As críticas do doutrinador têm procedência, pois efetivamente a existência de ações coletivas não tem impedido a proliferação de ações individuais. Em razão disto, há uma tendência na prática forense no sentido dos juízes determinarem a suspensão das ações individuais que versarem sobre o mesmo objeto de ações coletivas, aguardando o julgamento destas, mesmo sem expressa determinação legal neste sentido.²⁷⁷

²⁷⁶ CASTRO MENDES, *Ações...*, p. 261.

²⁷⁷ Neste sentido é a notícia constante do *site* do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, acesso em 12/04/2008, informando que a maioria dos juízes estaduais decidiu pelo sobrestamento da tramitação das ações individuais que versam sobre cobrança da diferença de correção das cadernetas de poupança, em decorrência de planos econômicos, até que o mérito das ações coletivas ajuizadas pela Defensoria Pública e Ministério Público seja julgado.

4 AÇÃO CIVIL PÚBLICA: LIQUIDAÇÃO E CUMPRIMENTO

4.1 A função jurisdicional executiva

A doutrina tradicional costuma definir a função executiva como aquela que tem por finalidade “satisfazer o direito que a sentença condenatória haja proclamado pertencer ao demandante vitorioso, dando cumprimento ao que lhe fora imposto pelo julgado”²⁷⁸. Liebman afirma que no processo de execução a atividade do órgão judicial é prevalentemente prática e material, visando produzir na situação de fato as modificações determinadas no processo de conhecimento²⁷⁹, no qual “a atividade jurisdicional limita-se a operar no plano das normas jurídicas, sem qualquer interferência no mundo das coisas corpóreas”²⁸⁰. Já Carnelutti salienta que “quando, em lugar da constituição ou declaração de uma relação jurídica, o processo deve procurar sua atuação, isto é, a conformidade da situação de fato com a situação jurídica, fala-se, não de cognição, e sim de execução processual.”²⁸¹

Assim, no desenvolvimento do processo civil de raiz romano-germânica, a atividade de execução ficou relegada a um momento posterior ao conhecimento, porque, como sustenta Liebman, “a execução é feita para a atuação de uma sanção

²⁷⁸ BATISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, v. 2, p. 29.

²⁷⁹ LIEBMAN, Enrico Túlio. *Processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1946, p.80.

²⁸⁰ BATISTA DA SILVA, op. cit., p. 27. Seguindo as lições de Liebman, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p.112, conceitua execução como “conjunto de atos estatais através de que, com ou sem o concurso de vontade do devedor (ou até contra ela), invade-se seu patrimônio para, à custa dele, realizar-se o resultado prático desejado concretamente pelo direito objetivo material.”

²⁸¹ CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999, v. 1, p. 124.

justificada pelos fatos ocorridos entre as partes, isto é, para satisfazer direito efetivamente existente²⁸², razão pela qual não poderia ser realizada antes de se verificar legalmente a existência dos fatos que a justificam e constituem a sua causa. Também não se pode esquecer que em uma concepção mais remota do processo civil a execução chegou a ser considerada atividade meramente administrativa, sem caráter jurisdicional, pois nela não haveria resolução de controvérsias²⁸³.

Ovídio Batista da Silva²⁸⁴ observa que o Código de Processo Civil de 1973, seguindo a tendência da doutrina moderna, acolheu a concepção que separa o fenômeno jurisdicional em processo de conhecimento e processo de execução, salientando que o direito medieval, a que se mantinha ligado o processo brasileiro até o Código de 1939, não conheceu o conceito de processo de conhecimento. Embora sejam romanos os fundamentos que lhe dão base, também não seria correto afirmar que o direito moderno, ao criar tal instituto, tenha reproduzido uma categoria

²⁸² LIEBMAN, *Processo de...*, p. 16.

²⁸³ DINAMARCO, *Execução...*, p. 188, relaciona diversos fatores que contribuíram para o desenvolvimento da idéia de que só haveria atividade jurisdicional no processo de conhecimento, podendo-se destacar entre eles: a) a circunstância de a execução forçada ter entrado para o rol das atividades do Estado depois da estabilização da cognição, decorrendo desta a designação do processo pelo vocábulo *judicium* (que significa uma atividade de natureza exclusivamente cognitiva) e a atividade estatal nele desenvolvida como *jurisdictio* (palavra que etimologicamente se refere apenas à função de declarar a vontade do direito e não a de realizá-lo praticamente); b) o chamado princípio da autonomia dos oficiais de justiça, que vigorou a partir da Idade Média na França, Alemanha e Itália, quando esses, funcionários ligados ao rei e não ao juiz, realizavam os atos executivos por incumbência recebida do exequente e não do magistrado. Já PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1949, v. 6, p. 23, anota: "Foi a definição de jurisdição como definição de controvérsia quem mais perturbou a teoria das funções do juiz e retardou as investigações para a fixação das espécies de pretensão à tutela jurídica. Foram as doutrinas francesa e italiana do direito comum que introduziram a falsa concepção de que a execução apenas continha atos de império, de administração". No entanto, as idéias de que não há jurisdição na execução foram abandonadas pela maioria da doutrina, pois na execução, assim como na cognição, o ato jurisdicional é praticado pela autoridade estatal, que o realiza por dever de função, agindo na condição de terceiro imparcial, mantendo-se numa posição de independência e estraneidade relativamente ao interesse que por meio de sua atividade o tutela (definição em conformidade com o conceito de jurisdição de BATISTA DA SILVA, *Curso...*, p. 40. No mesmo sentido COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: De Palma, 1974, p. 443, quando afirma "si bien em los hechos la actividad de los auxiliares es más visible que la actividad de los magistrados, no es menos cierto que solo actúan dentro de nuestro derecho, por delegación de éstos."

²⁸⁴ BATISTA DA SILVA, op. cit., p. 19.

jurídica existente no direito romano, haja vista que este, a não ser na sua fase terminal, não conheceu um verdadeiro processo jurisdicional executivo, estando a formação do conceito de processo de conhecimento historicamente ligada a de processo de execução, concebido como instrumento jurisdicional exclusivo para a veiculação de todas as prestações executivas. Para o doutrinador gaúcho

Na verdade, a construção do conceito deveu-se mais à necessidade teórica de dar fundamento ao princípio da unidade e autonomia dos instrumentos executórios, do que propriamente a uma exigência lógica que tivesse em si mesma a sua justificação final.²⁸⁵

Por outro lado, a unificação dos meios executórios reunidos em um único processo de execução, fez-se mediante a redução de toda a atividade jurisdicional executiva à execução por créditos, em homenagem às doutrinas jurídicas nascidas da pandetística do século XIX, que concebiam o direito como uma relação interpessoal de sujeição, reduzindo-o à estrutura da relação obrigacional.

²⁸⁵ BATISTA DA SILVA, *Curso...*, p. 20. Na obra BATISTA DA SILVA, Ovídio. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 146-160, o mesmo doutrinador explica que a precedência da cognição sobre a execução é uma exigência da estrita submissão do juiz à lei, pois outorgar-lhe poder de executar antes de julgar seria o mesmo que outorgar-lhe o direito a conceder tutela a quem, depois, a sentença reconhecesse não ter o tutelado direito ao que lhe fora antes concedido. Mas, prossegue o autor, esta precedência lógica da cognição relativamente à execução, não explica inteiramente o fenômeno da autonomia do processo executivo, tal como ele universalizou-se no direito moderno, mostrando-se necessário investigar as raízes históricas e doutrinárias que determinaram o abandono da linha evolutiva seguida pelo direito medieval, com o retorno operado pelo direito moderno às fontes romanas. E tal retorno, esteve orientado pragmaticamente para a necessidade de fundamentar a autonomia dos títulos cambiários, a que se deveria dar instrumento processual exclusivamente executivo, livrando-o do processo prévio cognitivo. Conclui, então, indicando que os verdadeiros fundamentos da autonomia do processo executório baseiam-se no pressuposto de que a cognição precede a execução porque o magistrado, fiel executor da lei do Estado, não poderá autorizar a prática de atos executivos, se o direito do credor ainda não estiver reconhecido na sentença e na necessidade de dar à sentença condenatória, no mínimo, a mesma dignidade reconhecida pela ordem jurídica às cambiais, além da influência das filosofias racionalistas dos séculos XVII e XVIII sobre o direito, que trouxe duas graves conseqüências: confinou os juristas no “mundo jurídico”, fazendo-o com que o direito se distanciasse, cada vez mais, da realidade histórica; a separação entre moral e direito, determinada pela filosofia kantiana, que assegurou e fortaleceu a alienação dos juristas, com relação aos problemas sociais e políticos de seu tempo.

Como lembra Athos Gusmão Carneiro, na exposição de Motivos ao Código de Processo Civil de 1973, o professor Alfredo Buzaid detidamente explicou os motivos pelos quais, na trilha dos modelos europeus, considerava conveniente adotar o sistema de unificação das execuções da sentença condenatória e dos títulos executivos extrajudiciais, eliminando a chamada ação executiva²⁸⁶ e o executivo fiscal (que voltou a se apresentar como ação autônoma com a Lei nº 6830, de 22.09.1980). Além disto, o Código dividiu claramente a função de conhecimento (regulada no Livro I) da função de execução (tratada no Livro II), obrigando o detentor de uma sentença condenatória a ajuizar nova ação (de execução) para obter a satisfação do direito material.

No entanto, este modelo, inspirado nos ideais de racionalismo moderno, consagrado pela Revolução Francesa, que lutava muito mais pela busca do valor segurança, em detrimento do valor justiça²⁸⁷, passou a ser questionado em razão das profundas modificações sociais experimentadas a partir da segunda metade do século XX²⁸⁸, pois a simples outorga da certeza do direito ou mesmo a assecuração deste assumem escassa relevância na sociedade de massa, onde há uma generalizada aspiração por efetividade do direito, importando alcançar o bem da vida ao seu titular sem maiores demoras e despesas. Desta forma, a função executiva

²⁸⁶ Como explica LIEBMAN, *Processo...*, p. 47, na sistemática do Código de 1939, havia duas vias possíveis para instaurar-se a execução: a ação executória, que decorria da existência de sentença condenatória exequível, e a ação executiva, utilizada para os títulos executivos extrajudiciais.

²⁸⁷ Sobre o assunto, consulte-se BATISTA SILVA, *Jurisdição...*, p. 102-133.

²⁸⁸ Como já salientado, as profundas alterações sociais, econômicas e tecnológicas vivenciadas a partir do século XX, marcaram o surgimento de uma nova era do conhecimento. Uma época em que a capacidade da razão para obter noções definitivas é questionada (AZEVEDO, Antônio Junqueira. O direito pós-moderno e a codificação. *Revista do Consumidor*, São Paulo, v. 9, n. 33, jan./mar. 2000, p. 123), em que a velocidade da informação impõe alterações do padrão de comportamento, em que as respostas são substituídas pelas dúvidas, em que convivem paralelamente a globalização e a "tribalização", com o acirramento de conflitos étnicos, num mundo efêmero e volátil (BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista do Ministério Público*, n. 46, p. 29-66, jan./mar. 2002, p.30).

assume cada vez mais um papel central na atividade jurisdicional do Estado, porquanto ela se destina à realização dos direitos, constituindo-se na forma mais expressiva, na perspectiva do jurisdicionado, de tutela jurisdicional.²⁸⁹

Portanto, após longos períodos de preocupação com a segurança do direito, a busca da efetividade tornou-se o grande desafio do processo civil atual, devendo esta ser entendida, não só como o direito a provocar a atuação do Estado na solução dos conflitos, mas também o de obter, em um prazo razoável, uma decisão justa e capaz de atuar eficazmente no plano fático²⁹⁰, ganhando relevo a atividade de execução.

A preocupação com a efetividade da jurisdição despontou com o já mencionado movimento do *acesso à justiça*, capitaneado por Mauro Cappelletti e Vittorio Denti. Para Dinamarco o *acesso à justiça* equivale à obtenção de resultados justos, aduzindo que

não tem acesso à justiça aquele que sequer consegue fazer-se ouvir em juízo, como também os que, pelas mazelas do processo, recebem uma justiça tardia ou alguma injustiça de qualquer ordem. Augura-se a caminhada para um sistema em que se reduzam ao mínimo inevitável os resíduos de conflitos não jurisdionalizáveis (a universalização da tutela jurisdicional) e em que o processo seja capaz de outorgar a quem tem razão toda a tutela jurisdicional a que tem direito.²⁹¹

O mesmo autor afirma que a efetividade do processo constitui expressão resumida da idéia de que “o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a

²⁸⁹ ASSIS, Araken de. Execução na ação civil pública. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 82, abr./jun. 1996, p. 46.

²⁹⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 64, jul. 1995, p.398.

²⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.21.

sua função sócio-político-jurídica, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais.”²⁹²

Esta preocupação com a efetividade tem se apresentado como tendência mundial²⁹³, acentuando-se no Brasil, em razão das peculiaridades decorrentes da intensificação dos litígios, experimentada a partir do processo de redemocratização do país, além da busca pelo Judiciário para a solução de conflitos de ordem econômica, política e social, que deveriam ser resolvidos pelos demais órgãos do Estado²⁹⁴. A falência do Estado leva à procura desesperada pelo Judiciário, acarretando a demora e a pouca efetividade na prestação jurisdicional.²⁹⁵

É por isto que nas Reformas Processuais, operadas a partir de 1994, houve clara opção do legislador pela efetividade do processo, culminando com a recente edição da Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005, que alterou profundamente a execução de sentença, abandonando o arraigado dogma da execução como processo autônomo, instituindo-a como mera fase, dentro do mesmo processo em que se determinou o pagamento de quantia²⁹⁶, dando lugar, nas palavras de Mitidiero,

a um processo misto, sincrético, em que se encontra junto à cognição a efetivação ou a execução do julgado, espécies do gênero “cumprimento da

²⁹² DINAMARCO, *A instrumentalidade...*

²⁹³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Tendências contemporâneas do direito processual civil. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 42, p. 35-52, 1984, p. 39

²⁹⁴ Conforme ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Efetividade e processo de conhecimento. In:_____. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 245.

²⁹⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Efetividade e processo de conhecimento. In:_____. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 245.

²⁹⁶ CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento da sentença civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.10, anota que as recentes alterações do processo de execução acarretam num parcial retorno aos tempos medievais, com a restauração do princípio de que *sententia habet paratam executionem* (a sentença contém em si a execução preparada).

sentença”, consoante a nova terminologia legal. Efetiva-se a ordem (art.461, CPC); executa-se o preceito (arts.461-A e 475,I, CPC), com o que se logra cumprir a decisão jurisdicional.²⁹⁷

Mas isto não significa que não exista mais diferença ontológica entre execução e cognição, pois, como salienta Araken de Assis, “os atos de realização coativa do direito reconhecido no provimento distinguem-se dos atos que conduziram ao seu reconhecimento”.²⁹⁸

Assim, embora não se possa negar que as enraizadas idéias de universalização da tutela condenatória, de segurança da lei e de prevalência do processo de conhecimento sobre o de execução ainda estejam presentes, nos tempos atuais os esforços legislativos e doutrinários voltam-se para a busca da efetiva realização do direito material, em um prazo razoável, com destaque para a atividade de execução, na qual efetivamente há (ou deveria haver) a satisfação daquele que procura a atividade jurisdicional.²⁹⁹

E a importância da função de execução é potencializada no sistema coletivo, seja pelo amplo espectro de abrangência de sua base subjetiva, seja pela

²⁹⁷ MITIDIERO, Daniel. A nova execução. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Coord.) *Comentários à Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 3.

²⁹⁸ ASSIS, Araken. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 99. Já DIDIER JÚNIOR, Fredie. Notas sobre a fase inicial de cumprimento da sentença (execução de sentença que imponha pagamento de quantia). In: SANTOS, Ernane Fidelis dos et al (Coord.) *Execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 144, afirma que há execução sempre que se pretender efetivar materialmente uma sentença que imponha uma prestação (fazer, não-fazer, entregar coisa ou pagar quantia).

²⁹⁹ BATISTA DA SILVA, Ovídio. Sentença condenatória na Lei nº 11.232. In: NOGUEIRA, Gustavo Santana (Coord.). *A nova reforma processual*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 220, afirma que as reformas introduzidas no Código de Processo Civil significam uma importante tentativa de se libertar, se não da herança do procedimento da *actio* romana, pelo menos dos excessos a que nosso sistema foi conduzido, especialmente pela exacerbação do racionalismo, com sua exigência de segurança através do direito, a perenizar o procedimento do *ordo iudiciorum privatorum*.

complexidade objetiva dos atos executórios, especialmente nos casos relativos à tutela específica dos deveres de fazer e não fazer.³⁰⁰

No entanto, embora o legislador tenha conferido especial atenção ao processo de conhecimento, não disciplinou a execução da ação civil pública, que precisa se apoiar nos dispositivos do processo civil individual, pois, “chegado às culminâncias da sentença de procedência, o autor da ação civil pública, depois de dificuldades variadas, terá alcançado só metade do caminho, e, aí, cairá na vala comum”.³⁰¹

Mas, mesmo que a execução na ação civil pública deva seguir os dispositivos do Código de Processo Civil, na sua transposição para o sistema coletivo, deve-se atentar para as especificidades decorrentes da natureza dos direitos postos em causa para que tenham eficácia, concedendo-se ao exeqüente exatamente a prestação que lhe era devida originariamente. Como já salientado, o processo coletivo apresenta características que o diferenciam do individual, pois foge do esquema tradicional de legitimidade e coisa julgada previstos no Código de Processo Civil, além de tutelar direitos que, por si só, já são dotados de complexidade, como os relacionados ao meio ambiente, consumidor, cidadania, etc. Todas estas questões irão influenciar no cumprimento das decisões tomadas em ações civis públicas e diferenciar esta espécie de cumprimento daquela relativa ao processo individual.

³⁰⁰ LEONEL, *Manual...*, p. 368.

³⁰¹ ASSIS, *Execução...*, p. 49.

4.2 O cumprimento dos deveres de dar, fazer e não fazer:

No sistema da ação civil pública o artigo 11 da Lei nº 7347/85 e o artigo 84 do CDC autorizam o juiz a emitir provimentos que imponham um fazer ou um não-fazer ou determinem uma modalidade executiva capaz de dar ao autor um resultado prático equivalente aquele que poderia ser obtido com a imposição e o adimplemento do fazer ou do não-fazer. E estes dispositivos já não representam exceção na legislação brasileira, porquanto a atual redação do artigo 461 do CPC (dada pela Lei nº 8.952/94)³⁰² ampliou tal possibilidade para todo o sistema processual. Assim, afastou-se o princípio *nemo praecise poteste cogi ad factum* (ninguém pode, de maneira absoluta, ser coagido a fazer algum fato), que representava o modo de pensar dos Estados Liberais do século XIX, passando-se a privilegiar a tutela específica de tais deveres.³⁰³ Como salienta Venturi

o processo deve se aproximar o mais possível do resultado prático a que levaria o cumprimento espontâneo do direito, pois sendo uma das funções da jurisdição a obtenção da prestação devida, tal como preconizado pelo direito objetivo, nada justificaria que a parte cujo direito foi violado, recebesse, ao invés da prestação específica, prestações equivalentes economicamente, ou seja, a substituição do objeto da prestação devida. A prioridade, pois, deve, sempre que possível, recair sobre as formas de restauração direta da lesão.³⁰⁴

A tutela específica pode ser conceituada como aquela que visa ao exato resultado jurídico que se teria, se não houvesse a necessidade do processo, em

³⁰² Embora os dispositivos legais citados falem em obrigações, o termo não deve ser interpretado em sentido estrito, devendo se estender a todos os deveres jurídicos cujo objeto seja um fazer ou um não fazer. Neste sentido: TALAMINI, *Tutela...*p.127 e MARINONI, *Tutela específica...*p.71.

³⁰³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.184 e RIZZO AMARAL, Guilherme. *A efetivação...*p.156.

³⁰⁴ VENTURI, *Execução...*, p. 83.

todos aqueles casos em que esse resultado final não consista em mera satisfação de uma dívida pecuniária, enquanto a genérica é toda a forma de tutela que tenda à obtenção de dinheiro no âmbito da responsabilidade patrimonial do devedor, seja mediante direta consecução do numerário, seja pela transformação de outros bens em pecúnia, mediante expropriação.³⁰⁵

Portanto, verifica-se que o sistema brasileiro privilegia a tutela específica, em detrimento daquela pelo equivalente monetário. Se isto se mostra adequado ao processo individual, mais relevante ainda apresenta-se no sistema coletivo, não se podendo cogitar que o autor da ação civil pública possa livremente escolher entre a conversão em perdas e danos e o cumprimento específico, uma vez que o legitimado ativo não é o titular do direito, não tendo disponibilidade sobre este. Ademais, além do meio não poder ser mais gravoso para o devedor, ele deve ser o mais adequado para tutelar do direitos postos em causa³⁰⁶, pois “de que adiantará a tutela reparatória materializada pelo pagamento em dinheiro (que irá para um fundo), na hipótese de desmatamento de determinada floresta natural?”³⁰⁷

Logo, o artigo 3º da Lei da Ação Civil Pública deverá ser interpretado no sentido de que a condenação em dinheiro somente deverá ser pleiteada quando a

³⁰⁵ TALAMINI, *Tutela...*p.224. Interessante notar que a noção de tutela específica contida nas várias regras do art.461 do CPC não se identifica completamente com o conceito acima referido, já que no conceito legal, “tutela específica” e “resultado prático equivalente” são colocados como categorias distintas, enquanto no entendimento doutrinário aqui adotado enquadram-se na mesma categoria, contrapondo-se à conversão em perdas e danos, tutela normalmente genérica, salvo o ressarcimento em forma específica. No entanto, entendemos que ambas as categorias citadas pela lei são parte da chamada tutela específica, pois podem ser identificadas com o resultado que se obteria no caso de cumprimento espontâneo da obrigação. Na verdade, a “tutela específica” referida pelo art.461 corresponde à tutela mandamental, enquanto o “resultado prático equivalente” associa-se à tutela executiva *lato sensu*.

³⁰⁶ Neste sentido: PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998, p. 168.

³⁰⁷ LENZA, *Teoria...*, p. 355.

tutela específica mostrar-se de impossível realização, não tendo o legitimado ativo discricionariedade para optar.³⁰⁸ Da mesma forma, o § 1º do artigo 84 deve se harmonizar com o *caput* do mesmo artigo, bem como com toda a ideologia do sistema e a natureza dos direitos postos em causa.

Assim, os deveres de dar, fazer ou não fazer reconhecidos em decisão judicial devem ser efetivados com a utilização de técnicas de tutela mandamental ou executivas, seguindo as normas previstas nos artigos 84 do Código de Defesa do Consumidor e 461 do Código de Processo Civil, devendo a sentença, preferencialmente determinar as medidas adequadas, que, todavia, poderão ser modificadas, mesmo após o trânsito em julgado da sentença, a fim de adequá-las à situação concreta.

4.2.1 Medidas coercitivas: breve análise do direito estrangeiro

O uso de medidas coercitivas para induzir o devedor a cumprir o determinado, é tema recorrente na história do direito, tendo se manifestado nos ordenamentos jurídicos desde os tempos mais remotos.³⁰⁹

No direito romano primitivo, a *actio per manus iniectio* autorizava o credor a apoderar-se da pessoa do devedor insolvente, mantendo-o preso por sessenta dias. Decorrido o prazo e não paga a dívida, o devedor tornava-se escravo do credor ou era vendido como tal. Tal procedimento possuía nítido caráter coercitivo.³¹⁰ Posteriormente, a sanção corporal passou a ser progressivamente substituída pela

³⁰⁸ LENZA, *Teoria...*, p. 355, p. 357.

sanção patrimonial, mas a *bonorum venditio* constituía-se de medida coercitiva, mediante a qual o credor tomava posse da integralidade do património do devedor, além de imputar a este a declaração de infâmia. O passo seguinte foi o surgimento da *distractio bonorum*, no século II a.C, na qual os bens do devedor não eram alienados de forma universal, mas sim isoladamente até se atingir o montante que bastasse à satisfação da dívida. Por fim, com a publicização do processo no período pós-clássico da *cognitio extra ordinem* a função de guarda e alienação dos bens foi transferida aos auxiliares do magistrado, que tinham a incumbência de penhorar bens no valor suficiente para garantir a execução, firmando-se o modelo da execução genérica por sub-rogação.³¹¹

No entanto, até o direito romano clássico não havia mecanismos de pressão psicológica para a realização de obrigações de fazer, não-fazer e de entrega de coisa, resolvendo-se estes em pecúnia. Somente no direito romano pós-clássico afirma-se a execução específica de obrigação de dar com conteúdo não pecuniário, permanecendo a inexistência de execução específica de obrigações de fazer e não fazer. E, embora no período das *legis actiones* e no período formular os interditos representassem um meio de tutela específica, relativamente a determinados direitos absolutos, sua proteção era alheia à *iurisdictio*, sendo decorrente do *imperium*, outorgado aos pretores. De qualquer modo, o processo interdital foi suprimido na fase da *cognitio extraordinaria*, quando o conceito de obrigação passou a abranger toda e qualquer prestação, universalizando a *actio*.³¹²

³⁰⁹ GUERRA, *Execução...*, p. 13.

³¹⁰ GUERRA, *Execução...*, p. 13.

³¹¹ TALAMINI, *Tutela...*, p. 45.

³¹² TALAMINI, *Tutela...*, p. 45.

No direito medieval, passaram a ser empregados inúmeros meios de execução indireta, relativamente ao deveres de fazer e não fazer.³¹³ Mas, as doutrinas ligadas aos ideais de liberdade e o movimento político que culminou com a Revolução Francesa, aliado à desconfiança do novo regime com a magistratura, levou ao banimento das medidas de coação sobre a pessoa do devedor.

A máxima expressa no art.1.142 do Código de Napoleão *nemo ad factum cogi potest* determinava: “Toda obrigação de fazer ou não fazer se resolve em perdas e danos, no caso de inexecução por parte do devedor.”

E o respeito à liberdade do devedor levou a doutrina francesa a exageros injustificáveis na interpretação de tal dispositivo legal, chegando-se a entender que a obrigação de fazer ou não-fazer era facultativa, na qual o devedor se obriga, a título principal, ao equivalente pecuniário, podendo, se assim desejar, liberar-se da prestação prevista no contrato.³¹⁴

Tal concepção deixou sem proteção diversas situações jurídicas, obrigando o credor a ter que se conformar com a indenização decorrente do descumprimento de obrigação de fazer ou não-fazer, levando a jurisprudência francesa, no início do século XIX, a criar o mecanismo da astreinte, que consiste em uma multa pecuniária, caracterizada pelo “exagero do algarismo” e a ausência de limites temporais.³¹⁵ Durante o pós-guerra foi muito utilizada, em razão da recusa de locatários em desocupar os respectivos imóveis, por falta de lugar para onde irem, levando o

³¹³ TALAMINI, Tutela..., p. 49.

³¹⁴ GUERRA, Execução..., p. 109.

³¹⁴ ASSIS, *Manual...*, p. 133.

legislador a editar a Lei de 21.07.1949, que estabeleceu limites para a multa. Mas, tratando-se de legislação específica, não dirimiu as fortes controvérsias acerca do assunto³¹⁶. Assim, somente em 1972, com a Lei 72-626 de 05 de Julho assumiu contornos precisos, que foram alterados pela Lei nº 91-650, de 1991, podendo ser hoje definida como uma multa pecuniária, cumulativa, infinita e proporcional ao patrimônio do devedor, constituindo-se em mecanismo de coerção indireta, pois é exercida sobre os bens do devedor e não sobre sua pessoa.³¹⁷

Já na *common law* o aspecto mais característico da execução específica é a utilização do *contempt of court*, que “significa, literalmente, desprezo à corte, ou ainda, desacato ao tribunal, conduta que constitui ofensa punível de diversas maneiras”³¹⁸, constituindo-se de um instituto bastante complexo, cuja função não está limitada à garantia da execução específica, mas do qual se valem os tribunais da *commo law* para preservar sua autoridade e garantir a correta e eficaz prestação da tutela jurisdicional.³¹⁹

Suas origens remontam à equity, pois eram os tribunais de *equity* que examinavam, quase que com exclusividade, os pedidos de prestação de tutela

³¹⁶ GUERRA, op. cit., p. 111

³¹⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. A concretização da tutela específica no direito comparado. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 32, p. 126-149, mar. 2007, p.132-133. RIZZO AMARAL, Guilherme, em obra específica sobre o tema, *As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do art.461 do CPC e outras*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.49/50, traça um paralelo entre o sistema francês e o brasileiro, salientando que em ambos há a possibilidade de fixação de ofício pelo juiz, possibilidade de fixação em antecipação de tutela, autonomia do juiz da execução para fixação, caráter coercitivo, acessório, destinação do crédito à parte beneficiada pela decisão e unidade de tempo. Por outro lado, apresentam diferenças, uma vez que no sistema francês há distinções entre as astreintes provisória e definitivas, não há ressalvas legais quanto aos tipos de obrigações que podem ser protegidas por astreintes e estas podem ser liquidadas e executadas provisoriamente. Já no direito brasileiro, não há diferenciação entre astreintes provisórias ou definitivas, podendo ser modificadas durante o processo, somente é possível sua fixação nos casos de obrigação de dar, fazer e não-fazer e elas não podem ser executadas provisoriamente.

³¹⁸ GUERRA, *Execução...*, p. 72.

³¹⁹ GUERRA, *Execução...*, p. 73.

específica, diante da inflexibilidade dos writs. Todavia, seus provimentos não possuíam eficácia para autorizar medidas de constrição patrimonial, razão pela qual sua inobservância representava afronta à autoridade real, sancionada com prisão (*contempt of court*). Nas palavras de Talamini, “a eficiência da tutela fundava-se estritamente na ameaça de sanção em caso de desobediência.”³²⁰

Atualmente, o *contempt of court* pode ser aplicado tanto nos procedimentos relativos à *equity*, quanto nos *at law*, desde que haja ordem direta à parte, porque se constitui em “um poder inerente à própria existência do Poder Judiciário.”³²¹

Finalmente, na Alemanha adota-se um sistema misto, no qual as obrigações de fazer fungíveis são executadas por meios sub-rogatório, enquanto nas obrigações de fazer infungíveis e as obrigações de não fazer, emprega-se meios coercitivos. O primeiro deles é a estipulação de multa diária, com um limite fixado em lei, com os valores revertendo em favor do Estado e não do credor, como ocorre na astreinte. Mas, além da multa, o juiz alemão pode determinar a prisão do devedor, por tempo determinado, com aplicação da *zwangshoft*³²².

4.2.2 Medidas coercitivas no direito brasileiro: a multa

No Brasil, o método mais utilizado para induzir à efetivação dos deveres de dar, fazer e não-fazer é a fixação de astreintes, o que também ocorre na ação civil

³²⁰ TALAMINI, *Tutela...*, p. 86.

³²¹ GUERRA, op. cit., p. 90.

³²² RIBEIRO, *A concretização...*, p. 149.

pública. Esta pode ser fixada tanto na tutela de deveres infungíveis, como também dos fungíveis.³²³

As astreintes³²⁴ possuem natureza eminentemente coercitiva, pois, como dito, visam a compelir o devedor a cumprir o dever, têm caráter acessório, sendo aplicadas independentemente da indenização pelo não cumprimento, com a possibilidade de sua cumulação com as perdas e danos, não havendo necessidade de existência de prejuízo para sua imposição. Além disto, podem ser aplicadas de ofício pelo juiz e modificadas no curso do processo, inclusive durante o cumprimento.³²⁵

Estas características determinam como será a aplicação da multa. Assim, seu caráter acessório determina que ela está atrelada ao fim para o qual se destina, ou seja, não pode ser imposta diante da impossibilidade prática de realização da

³²³ Neste sentido, TALAMINI, *Tutela...*, p. 239, sustenta que a possibilidade de emprego de meios sub-rogatórios não impede que se busque o cumprimento pelo próprio réu, pressionando-o com a ameaça da multa, até porque, muitas vezes, a obtenção do resultado específico sem o concurso do réu, conquanto possível, é extremamente onerosa e complexa. Além disto, o § 4º do art.461 não limita a multa à tutela dos deveres infungíveis. No mesmo sentido: MARINONI, *Tutela específica...*p.73.

³²⁴ RIZZO AMARAL, *As astreintes...*p.85, define as astreintes como “técnica de tutela coercitiva e acessória, que visa a pressionar o réu para que o mesmo cumpra mandamento judicial, pressão esta exercida através de ameaça ao seu patrimônio, consubstanciada em multa periódica a incidir em caso de descumprimento.”

³²⁵ A possibilidade de modificação da multa, mesmo depois no trânsito em julgado da sentença, é tranqüila na jurisprudência. Neste sentido: Agravo de Instrumento Nº 70023555394, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rejane Maria Dias de Castro Bins, Julgado em 12/06/2008. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. ASTREINTES. DIMINUIÇÃO DO MONTANTE DA MULTA. POSSIBILIDADE. Se excessivo o valor da multa, poderá o juízo reduzi-lo, até mesmo de ofício, para adequar a penalidade à sua finalidade coercitiva. A astreinte deve servir para inibir o descumprimento da decisão judicial e não para indenizar danos causados pelo condenado. Não há óbice à referida limitação, não se podendo alegar ofensa à coisa julgada, tendo em vista o disposto no § 6º do art. 461 do Código de Processo Civil, nem o recurso é intempestivo ou preclusa a oportunidade de irrisignação. AGRAVO PROVIDO. Também na doutrina assim entendem RIZZO AMARAL, *As astreintes...*p.191, MARINONI, *Tutela específica...*p.112.

execução específica, assim como não pode ser exigida quando o devedor for desonerado da obrigação principal.³²⁶

A natureza coercitiva, por sua vez, além de possibilitar sua concessão e revisão de ofício, baliza a determinação de seu valor, pois, a princípio, há total desvinculação do valor da multa ao montante do prejuízo decorrente da inexecução da obrigação³²⁷. No entanto, há um limite lógico para sua aplicação, porquanto de nada vale a fixação da multa se esta não tiver aptidão para pressionar a vontade do devedor ou se não houver a possibilidade concreta do adimplemento³²⁸. Ou seja, a multa deve ser fixada pelo juiz de acordo com as circunstâncias do caso concreto³²⁹, pois o juiz deverá considerar o patrimônio do devedor e a magnitude da provável resistência, preocupando-se em aplicar um valor exorbitante e despropositado, capaz de ensejar o efeito pretendido pelo credor.³³⁰ Nestes termos, o valor da multa poderá ser superior ao pedido formulado na inicial, podendo, também, ser alterado no curso da execução. Como lembra Talamini³³¹, o legislador estabeleceu como balizas para a fixação da multa, a “suficiência” e a “compatibilidade”, conceitos jurídicos indeterminados, que deverão ser preenchidos com o preciso exame do

³²⁶ RIZZO AMARAL, *As astreintes...*p.65.

³²⁷ Neste sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 175; TALAMINI, *Tutela...*, p. 243; ASSIS, *Manual...*, p. 566; GUERRA, *Execução...*, p. 189;

³²⁸ GUERRA, *Execução...*, p. 191.

³²⁹ ASSIS, *Manual...*, p. 566.

³³⁰ Assim, exemplifica ASSIS, Araken. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 224, que um salário mínimo por dia de atraso representa valor assaz eficiente para pressionar modesto fornecedor de serviços, como alguém que deixou de consertar máquina de lavar roupas, porém tal multa é ineficiente para compelir a montadora de automóveis a corrigir os defeitos estruturais de milhares de veículos. Em outra dimensão, prossegue o processualista, os valores fixados em ação individual e em ação coletiva não podem ser idênticos, pois no primeiro caso, não se pode perder de vista que, talvez, aquela não seja a única a que responde o réu, já no segundo, a própria abrangência do objeto litigioso conduz à consideração global das posições passivas do demandado.

³³¹ TALAMINI, *Tutela...*, p. 243.

caso concreto, podendo ser revisada em grau de recurso, seja quando for insuficiente para induzir o réu, seja quando excessiva.

Outra questão ligada ao caráter coercitivo da multa, diz respeito à possibilidade desta vir a ser executada mesmo quando a decisão que a fixou seja posteriormente modificada. A doutrina, em sua maioria e com acerto, entende não ser possível a cobrança, pois como já salientado o objetivo da fixação desta é impor o cumprimento do dever principal, não havendo sentido em se cobrar a multa se o dever principal foi considerado insubsistente.³³²

4.2.1.1 A multa fixada na tutela antecipada

Mesmo antes da Reforma Processual que generalizou a possibilidade de concessão de antecipação dos efeitos da tutela no processo civil, com a alteração dos artigos 273 e 461 do CPC, o sistema coletivo já demonstrava a preocupação com o tempo de duração do processo e a efetividade da tutela jurisdicional pretendida, prevendo a possibilidade de ajuizamento de ação cautelar³³³ ou a concessão de antecipação dos efeitos da tutela³³⁴.

Como já salientado em outras passagens deste trabalho, os direitos que são tutelados via ação civil pública apresentam alto grau de interesse social e, muitas

³³² Neste sentido: RIZZO AMARAL, *A efetivação...*p.174, MARINONI, *Tutela específica...*p.109/110 e TALAMINI, *Tutela...*p.225.

³³³ Art.4º da Lei nº 7.347/85.

³³⁴ Art. 12 da Lei nº 7.347/85 e Art. 84, § 3º do CDC.

vezes, precisam ser resguardados sem que se possa aguardar o deslinde do processo judicial. Por isto, a concessão de antecipação de tutela em ações civis públicas tornou-se praxe comum, em especial quando se tratar de obrigações de fazer ou não-fazer. Nestas hipóteses, é usual o juiz fixar multa para o caso de descumprimento.

Parcela da doutrina diferencia a multa fixada em decisão de antecipação de tutela daquela estabelecida na sentença³³⁵, sustentando que apenas esta se configura em astreinte, embora a “multa liminar” também constitua “eficiente meio de pressão sobre o devedor, com o fito de obter de imediato a cessação da atividade nociva”³³⁶. No entanto, entendemos que tal diferenciação não possui razão de ser, pois como o próprio doutrinador admite, a multa fixada liminarmente também tem a função de exercer pressão psicológica sobre o devedor a fim de compeli-lo a cumprir a obrigação. São manifestações do mesmo instituto, em momentos processuais diferenciados. A própria exigibilidade de ambas só ocorrerá após o trânsito em julgado da sentença, não obstante contem com marcos iniciais diferenciados, já que a multa liminar incide a partir do descumprimento da decisão liminar e a fixada na sentença a partir do momento em que seria exigível o cumprimento do preceito determinado na decisão final.³³⁷

³³⁵ MAZZILLI, *A defesa...*, p. 433.

³³⁶ *Ibidem*, p. 433.

³³⁷ LEONEL, *Manual...*, p. 306. Em sentido contrário, TALAMINI, *Tutela...*, p.224, questiona a vigência do disposto no § 2º do art.12 da Lei da Ação Civil Pública (“A multa cominada liminarmente só será exigível do réu após o trânsito em julgado da decisão favorável ao autor, mas será devida desde o dia em que se houver configurado o descumprimento.”), pois não há semelhante limitação no artigo 84 do CDC. No entanto, não entendemos desta forma, até porque tal dispositivo se mostra adequado ao sistema coletivo em que o titular da ação não é o titular do direito, devendo, neste caso, o princípio da segurança se sobrepor ao da efetividade.

4.2.3 Outras medidas autorizadas: os mecanismos coercitivos e sub-rogatórios (“medidas de apoio”)

O artigo 84 do CPC (e depois o art.461 do CPC) previu, além da possibilidade de fixação de multa diária para o cumprimento dos deveres de dar, fazer e não-fazer, o estabelecimento de outras medidas coercitivas, além de medidas sub-rogatórias, que podem ser realizadas pelo juiz, sem a participação do obrigado. São elas: a busca e apreensão, a remoção de pessoas ou coisas, o desfazimento de obra, o impedimento de atividade nociva, a requisição de força policial expressamente previstas na legislação, bem como outras que se mostrem adequadas para o cumprimento da decisão ou sentença, já que a doutrina é tranqüila no sentido de que o rol legal é meramente exemplificativo, até porque seria muito difícil prever todas as hipóteses em que tais medidas são necessárias.

Estas medidas poderão ser utilizadas quando a multa se mostrar insuficiente ou inadequada para a execução do dever, não ficando o juiz adstrito ao pedido eventualmente formulado pelo autor nem ao rol exemplificativo constante do artigo 461. No entanto, fica impedido de adotar medidas vedadas pelo ordenamento jurídico, devendo, ainda, atentar para os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, adotando providências que guardem relação de adequação com o fim perseguido, não podendo acarretar na esfera jurídica do réu sacrifício maior do que o necessário.³³⁸

³³⁸ TALAMINI, *Tutela...*, p. 265. No mesmo sentido GUERRA, *Execução...*, p.241, adverte: “o juiz deve efetivar sua opção por uma determinada medida coercitiva, mesmo quando é conformada por ele mesmo, à luz dos limites impostos pela natureza e função de tais medidas, assim como aquelas garantias processuais asseguradas ao devedor e, acima de tudo, o Estado Democrático de Direito em que se deve preservar a dignidade da pessoa humana (CF, art.1º, III).”

Talamini propõe duas diretrizes para o emprego das medidas coercitivas atípicas: a) o meio de coerção não pode inviabilizar o cumprimento, pelo réu, do dever de fazer ou não-fazer, pois não é punição, não visa à educação do inadimplente, mas sim o cumprimento da obrigação; b) a medida coercitiva não pode sacrificar bem jurídico substancialmente mais relevante, do ponto de vista axiológico, do que o bem protegido.

Além destas balizas, o mesmo doutrinador sugere que o juiz, sempre que possível, ouça previamente as partes, em observância ao princípio do contraditório e à exigência de constante diálogo do juiz com as partes. Tal providência se mostra muito adequada, em consonância com a atual leitura do princípio do contraditório e do processo cooperativo³³⁹ devendo, por evidência, ser reservada às hipóteses em que não se exige urgência.

Já Rizzo Amaral, valendo-se das idéias do formalismo-valorativo, sustenta que aqui desempenha um papel importante o método de resolução do conflito entre os valores efetividade e segurança, já que o postulado da proporcionalidade impõe que a técnica de tutela empregada seja adequada, necessária e proporcional em sentido estrito. Afirma ele: “O que importa, ao final, é que o foco da atividade jurisdicional seja a tutela específica ou a produção de resultado prático equivalente, com a maior efetividade ao credor e menor gravame possível para o devedor.”³⁴⁰

³³⁹ Sobre a garantia do contraditório e o processo cooperativo, consulte-se: COMOGLIO, Luigi Paolo. Difesa e contraddittorio nei procedimenti in Camera di Consiglio. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, v. 52, p. 719-766, 1997 e ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, n. 10, p. 667-680, out./dez. 1998.

³⁴⁰ RIZZO AMARAL, Guilherme. *A efetivação...*p.162-163.

4.2.4 A prisão?

A redação do art.461 do CPC, outorgada pela Lei nº 8.952/94, animou alguns doutrinadores a defenderem a possibilidade de prisão como uma das medidas subrogatórias que poderiam ser adotadas para o cumprimento de obrigação de fazer e não-fazer.

Assim sustenta Marinoni

Deparando-se com a norma do art.5º, LVII, da CF, deve o intérprete estabelecer, como é óbvio, a dúvida que a sua interpretação suscita, qual seja: se ela veda o uso da prisão como meio de coerção indireta ou apenas a prisão por dívida em sentido estrito. A partir daí, verificando-se que a norma aponta para dois direitos fundamentais, isto é, para o direito à efetividade da tutela jurisdicional e para o direito de liberdade, deve ser investigado o que significa dar aplicação a cada um deles. Concluindo-se, a partir da análise da própria razão de ser desses princípios, que a sua aplicação deve ser conciliada ou harmonizada, não há como deixar de interpretar a norma no sentido de que a prisão deve ser vedada quando a prestação depender da disposição de patrimônio, mas permitida para a jurisdição poder evitar – quando a multa e as medidas de execução direta não se mostrarem adequadas – a violação de um direito³⁴¹.

No mesmo sentido Guerra afirma ser razoável entender-se que o § 5º do art.461 constitui fundamento legal bastante para que o juiz possa decretar a prisão do devedor de obrigação não pecuniária, baseando sua afirmação em uma interpretação restrita da expressão “dívida” constante do inciso LXVII do art.5º da CF, segundo a qual somente estaria proibida a prisão nos casos de obrigações pecuniárias.³⁴²

³⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica...*, p. 293.

³⁴² GUERRA, Marcelo Lima. *Execução...* São Paulo:RT, 1998, p246.

No entanto, estas interpretações não se mostram adequadas, pois a palavra “dívida”, na verdade, refere-se à obrigação civil. Aliás, a alegação referida não é nova e já foi enfrentada quando se argumentava com a possibilidade de prisão do detentor de título de crédito, tendo em vista a disposição prevista no art.885 do CPC, autorizando a medida. Na época, Alvaro de Oliveira³⁴³ já rechaçava a questão, afirmando que o conceito de prisão por dívida, referido na Constituição, deve ser entendido de forma ampla, até porque o depositário infiel não pode ser enquadrado na hipótese de devedor em sentido estrito.

Embora não se possa negar que, em muitos casos, em especial quando os executados são pessoas jurídicas de direito público, mostra-se muito difícil o cumprimento da obrigação, a interpretação que admite a prisão civil não pode ser adotada, pois afronta o sistema constitucional brasileiro.

Mas, a pretendida efetividade, até mesmo pela ameaça de prisão, poderia ser obtida sem a violação à Carta constitucional, bastando que se adotasse a sugestão de Araken de Assis³⁴⁴, com a criação de tipo penal específico para os que descumprissem ordem judicial determinando a realização de obrigações de dar, fazer ou não-fazer, abarcando a conduta de servidores públicos e fixando-se pena proporcional à conduta, mas que não possibilitasse a inclusão do crime como de menor potencial ofensivo. Tal providência poderia facilmente ser tomada via lei ordinária, sem qualquer afronta à ordem constitucional. É preciso observar que no

³⁴³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. volume VIII. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.150.

³⁴⁴ Esta é a conclusão de ASSIS, *Execução...*, p. 52.

sistema atual, embora a doutrina seja unânime em admitir que o descumprimento de ordem judicial configura o crime de desobediência, previsto no art.330 do Código Penal, tal imputação acaba não tendo nenhum caráter coercitivo, seja pela pena prevista para o crime em questão, que o qualifica como de menor potencial ofensivo, impedindo, inclusive a prisão em flagrante, seja pela impossibilidade de funcionário público ser autor do delito.³⁴⁵

4.3 O cumprimento e a execução dos deveres de pagar quantia

As ações que têm por objeto direitos difusos e coletivos, como salientado à sociedade, tratam de bens e valores, em regra, não dotados de patrimonialidade, razão pela qual as tutelas mais efetivas para protegê-los constituem-se na

³⁴⁵ A doutrina e a jurisprudência de forma dominante entendem que o eventual crime de desobediência somente pode ser cometido por particular, pois o funcionário público poderia praticar o de prevaricação, mas apenas quando presente o dolo específico (retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra expressa disposição de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal (art.319 do Código Penal). E este estaria afastado quando o descumprimento se dá em cumprimento a ordens de superior hierárquico. Neste sentido a jurisprudência : BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. RHC 64142/SP-SÃO PAULO, RECURSO EM HABEAS CORPUS Relator: Min. Celio Borja. Julgamento: 02 set. 1986. DJ 03 out. 1986 p. 18337 EMENT VOL-01435-01 PG-00104; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Terceira Câmara Cível. Agravo de Instrumento Nº 70013046495. Relator: Matilde Chabar Maia, Julgado em 17 nov. 2005; RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Oitava Câmara Cível. Agravo de Instrumento Nº 70011445863. Relator: Alfredo Guilherme Englert. Julgado em 15 abr. 2005. E também a doutrina: MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 350 e JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal anotado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 807. Contudo, TALAMINI, *Tutela...*, p. 321, critica este entendimento porque imunizaria a administração pública contra o controle jurisdicional, pois ao descumprir ordem judicial o funcionário não pode ser considerado no exercício de suas funções. Além disto, o cumprimento da ordem superior não o isenta de responsabilidade, quando esta for manifestamente ilegal, como é no caso o descumprimento de ordem judicial, devendo ser presumido o dolo específico (satisfação de interesse ou sentimento pessoal) no descumprimento da ordem judicial pelo agente público, pois ao descumprir a decisão o funcionário estaria desobedecendo, em nome de outros interesses da Administração, o único interesse público relevante, qual seja, o resguardo no comando do juiz. A posição de Talamini se mostra relevante, pois busca dar efetividade ao comando mandamental, porquanto é sabido que as ordens judiciais em nosso país vem sendo reiteradamente descumpridas, em especial por agentes públicos, sabedores de que não serão

mandamental e na executiva *lato sensu*, em especial quando se revestem de caráter preventivo.

Entretanto, quando a atuação jurisdicional não chega a tempo de evitar o dano ou a tutela específica se torna impossível, com a necessária conversão da obrigação específica em perdas e danos, como, por exemplo, no caso da ocorrência de um incêndio que destrói completamente prédio de valor histórico, inviabilizando sua reconstrução ou na extinção de uma espécie animal, mostra-se imperioso lançar mão da condenação, que, por sua vez, também não é de simples execução, decorrendo a complexidade da natureza intrincada dos bens tutelados e da dificuldade prática de sua valoração, tratando-se, na expressão cunhada por Leonel³⁴⁶, de complexidade de ordem subjetiva.

E a efetivação da tutela condenatória, com a eliminação do processo autônomo de execução, dá-se em duas fases: o cumprimento, no qual se estimula que o próprio devedor cumpra a obrigação, ameaçando-o com a imposição de multa de 10%, e a execução, quando o Estado, por meio da sub-rogação, com a expropriação de bens do executado, satisfaz a obrigação.³⁴⁷ Como já referido, no

alcançados sequer pela responsabilização criminal, diante do já exposto entendimento dominante no sentido de que o crime de desobediência não pode ser praticado por funcionários públicos.

³⁴⁶ LEONEL, *Manual...*, p. 384.

³⁴⁷ RIZZO AMARAL, *A efetivação...*p. 157-158 e204-206, faz contundente crítica à não adoção da tutela mandamental para os deveres de pagar quantia certa, afirmando: “ao juiz foi concedida ampla liberdade para, através de sua atividade criativa, tutelar os deveres de fazer e não-fazer (assim como os de entrega de coisa, como veremos adiante), enquanto que diversas amarras lhe foram impostas quando o assunto é a tutela dos deveres de pagar quantia. Estranhamente, eram aqueles deveres cuja tutela, anteriormente, tinha maior receio em estimular e facilitar, por considerá-la demasiadamente invasiva da liberdade do cidadão. Dizemos isto não para pregar um retorno ao império do vetusto brocardo. Pelo contrário: fazemo-lo de forma a chamar a atenção para o receio exagerado verificado na reforma do processo de execução das sentenças referentes a deveres de pagar quantia, onde não se permitiu a adoção das técnicas de tutela mandamental e executiva, tal qual existentes na sistemática que a seguir será explicitada. Embora se afirme que o valor segurança imponha maior cautela em se tratando de agressão ao patrimônio do devedor, pensamos ter demonstrado que a mesma agressão dá-se, também, em certas hipóteses, na tutela

sistema da ação civil pública não existem dispositivos específicos sobre o cumprimento ou execução da sentença, impondo-se que se lance mão do disposto no Código de Defesa do Consumidor e, de forma subsidiária, no que for determinado pelo Código de Processo Civil. Importa salientar que não abrange os objetivos deste trabalho examinar detidamente todos os dispositivos do processo individual que regulam o cumprimento e a execução de sentença, sendo necessário, apenas, analisar os aspectos que precisam ser adaptados para aplicação à ação civil pública.

Assim, embora a Lei nº 11.232/05 tenha determinado que o cumprimento e a execução ocorram no mesmo processo em que prolatada a sentença, a alteração na sistemática não pode ser simplesmente transplantada para o processo coletivo sem as devidas adaptações, pois, como dito, as sentenças nesta espécie de processo atingem pessoas que não foram parte no processo.

Portanto, a liquidação, o cumprimento e a execução da sentença proferida em ação coletiva que tutela direitos individuais homogêneos, não poderá se processar nos mesmos autos em que proferida a sentença, pois nesta espécie de processo a sentença beneficia pessoas que não foram parte do processo, além da condenação ser genérica, exigindo liquidação, que, como se verá adiante, deverá determinar não apenas o *quantum* devido, mas também se o liquidante é realmente parte legítima para pleitear a execução. Este caráter especial já foi apreendido pela jurisprudência do STJ, quando a Corte examinou a aplicação do art.1º-D, da Lei nº

das obrigações de fazer ou entrega de coisa. Assim, no fundo, cremos que esta distorção encontrada na tutela das diferentes obrigações deve-se muito mais à supervalorização da propriedade no sistema capitalista atual, protegendo-a mais do que a própria liberdade do cidadão, o que é facilmente verificável no comparativo entre o sistema de tutela dos deveres de pagar quantia e dos deveres de fazer e não-fazer. A propriedade, como valor, recebe maior proteção da lei processual que a própria liberdade. O efeito, no entanto, é perverso, pois frouxidão da tutela dos

9.49/97, que determinava não serem devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções não embargadas. Na ocasião, restou assentado o entendimento no sentido de que “são devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções individuais de sentença proferida em ações coletivas, ainda que não embargadas.”³⁴⁸ Interessante transcrever os argumentos expostos pelo Ministro Teori Albino Zavascki, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência no Resp nº 475566/PR:

A despeito de ser conhecida como um processo executivo, a ação em que se busca a satisfação do direito declarado em sentença de ação civil coletiva não é propriamente uma ação de execução típica. As sentenças proferidas no âmbito das ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos, por força de expressa disposição do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90, art. 95), são condenatórias genéricas. Nelas não se especifica o valor da condenação nem a identidade dos titulares do direito subjetivo. A carga condenatória, por isso mesmo, é mais limitada do que a que decorre das demais sentenças condenatórias. Sobressai nelas a carga de declaração do dever de indenizar, transferindo-se para a ação de cumprimento a carga cognitiva relacionada com o direito individual de receber a indenização. Assim, a ação de cumprimento não se limita, como nas execuções comuns, à efetivação do pagamento. Nelas se promove, além da liquidação do valor se for o caso, o juízo sobre a titularidade do exequente em relação ao direito material, para somente então se passar aos atos propriamente executivos. Ora, a regra do art. 1º-D da Lei nº 9.494/97 destina-se às execuções típicas do Código de Processo Civil, não se aplicando à peculiar execução da sentença proferida em ação civil pública. É nesse sentido a jurisprudência desta Corte (Resp nº 507864/PR, 1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 09.06.2003; Resp nº 478258, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 19.05.2003).³⁴⁹

Agora, com a alteração legislativa que excluiu o processo de execução autônomo, alguns julgados permanecem atentando para para o caráter especial desta execuções.³⁵⁰

deveres de pagar quantia acaba sendo prejudicial à circulação de riquezas e à segurança do crédito, atentando contra os princípios básicos deste mesmo sistema fundado no capital.”

³⁴⁸ Súmula 345 do Superior Tribunal de Justiça.

³⁴⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Rel. Ministro Teori Zavascki, Primeira Seção, Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 475566/PR, julgado em 25/08/2004.

³⁵⁰ Assim, decidiu o TRF-4ª Região ao impor o pagamento de honorários advocatícios em execução individual de ação civil pública, nos seguintes termos: ADMINISTRATIVO. CUMPRIMENTO DA SENTENÇA. POUPANÇA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA (APADECO). HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Via de regra, entendo que, havendo adimplemento espontâneo da obrigação, pelo devedor, no prazo de 15 dias da ciência da condenação, não são devidos honorários advocatícios no cumprimento da sentença. Contudo, tratando-se de execução de título proferido em sede de Ação Civil Pública, diante da inafastável necessidade de contratação de advogado para a execução, devem incidir honorários advocatícios na espécie. BRASIL, Agravo de Instrumento nº 2008.02.002319-9, TRF-4ª Região, Relator Valdemar Capeletti, 4ª Turma, D.E. 14/04/2008. Ainda:

No entanto, em muitos outros tal caráter foi simplesmente desconsiderado, determinando-se a aplicação dos dispositivos do processo individual, sem qualquer adaptação³⁵¹, com o que não se pode concordar, ainda mais que os precedentes ora citados dizem respeito a honorários advocatícios, matéria em que a especificidade da execução individual de sentença coletiva se mostra evidente, pois, além da complexidade da liquidação, não poderá o titular do direito se beneficiar da sentença caso não ajuíze a execução individual, não se podendo exigir do advogado que trabalhe gratuitamente. A prevalecer tal entendimento, corre-se o risco de ver diminuída a pretendida efetividade da tutela coletiva.

Além dos aspectos peculiares já apontados, em razão das singularidades do processo coletivo, mostra-se comum a prolação de sentenças genéricas, dependentes de liquidação, em especial quando o objeto da ação disser respeito a direitos individuais homogêneos, hipótese em que a sentença genérica é a regra.³⁵²

BRASIL, Agravo de Instrumento nº 2008.02.0039480-0, TRF-4ª Região, Relator João Batista Lazzari, 4ª Turma, D.E. 26/05/2008.

³⁵¹ E no mesmo tribunal, encontram-se decisões em sentido oposto: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO. APADECO. CEF. JUROS REMUNERATÓRIOS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO.1) Nos termos da Jurisprudência pacificada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 815.831, datado de 27/09/2006, de relatoria do eminente Ministro Ari Pargendler, publicado no DJ em 12/02/2007, a 2ª Seção daquela Corte determinou que os juros remuneratórios devidos aos poupadores, nos termos da sentença proferida na Ação Civil Pública, restringem-se exclusivamente aos meses de junho/87 e janeiro/89, não se podendo aplicá-los de forma sucessiva e capitalizada até a data do efetivo pagamento. 2) Não havendo embargos à execução em andamento, a execução da sentença ocorrerá nos moldes da nova sistemática processual, em que inexistente a execução enquanto processo autônomo, não sendo possível, portanto, a fixação de honorários advocatícios neste momento processual. 3) Quanto à fixação de honorários advocatícios em sede de impugnação, tal medida é plenamente cabível, uma vez que o advogado deve ser remunerado pelo trabalho desempenhado nesta fase processual.” BRASIL, TRF-4ª Região, 3ª Turma, Agravo de Instrumento nº 2006.04.00.022634-0, Relatora, Vânia Hack de Almeida, D.E. 22/08/2007. Ainda: BRASIL, TRF-4ª Região, 3ª Turma, Agravo de Instrumento nº 2007.04.00.038992-0, Relator: João Pedro Gebran Neto, D.E. 23/01/2008.

³⁵² Interessa notar que, enquanto não transitar em julgado a decisão que decidir a liquidação de sentença, não iniciará a contagem do prazo de 15 dias para o cumprimento voluntário da sentença.

Portanto, a liquidação de sentença assume especial relevância na execução da ação civil pública, tema que passará a ser abordado.

4.3.1 A liquidação de sentença

O título executivo que embasa a execução deve apresentar três requisitos: a certeza, a liquidez e a exigibilidade. A certeza e a exigibilidade, no caso do título judicial, decorrem da própria sentença. A liquidez, todavia, pode não estar presente no momento da prolação da decisão, pois esta poderá ser genérica, ao atender pedido igualmente genérico, como faculta o artigo 286, incisos I, II e III, do CPC.

A condenação genérica se mostra muito freqüente nas ações coletivas, pois naquelas que têm por objeto a tutela de direitos individuais homogêneos, o artigo 95 do CDC determina expressamente que a condenação deve ser genérica. E mesmo aquelas cujo objeto são direitos difusos e coletivos, poderão ser genéricas, em razão da complexidade dos fatos, muitas vezes envolvendo atos ilícitos de difícil determinação ou direitos não dotados de conotação patrimonial.

Nestes casos, será necessário, antes do início dos atos executórios, que se proceda à liquidação da sentença a fim de que se possa apurar o valor exato da condenação.³⁵³

³⁵³ DINAMARCO, *Execução...*, p. 511, refere que a liquidação de sentença “constitui atividade jurisdicional cognitiva destinada a produzir a declaração do *quantum debeatur* ainda não revelado quanto à obrigação a que o título executivo se refere.”

Na conformação original do Código de Processo Civil de 1973, a liquidação de sentença se apresentava como um processo autônomo, excluído do processo de conhecimento, apesar do caráter essencialmente cognitivo da atividade ali desenvolvida pelo juiz.³⁵⁴ Já no Código de 1939, a liquidação de sentença era uma fase ou incidente³⁵⁵ inicial do processo de execução.

A reforma da execução, operada em 2005, no entanto, alterou, novamente, a disciplina da liquidação de sentença, retornando esta a ser mera fase do processo³⁵⁶, como pondera Athos Gusmão Carneiro

A liquidação de sentença que condena a pagar não pode mais ser qualificada teoricamente como uma outra “ação”. Resolvido o *an debeat*, cuida-se agora de, no mesmo processo e relação jurídica processual, “prosseguir” com a definição do *quantum debeat*; como não mais implica uma outra “ação” o cumprimento da sentença, e também não é uma nova “ação” a eventual impugnação. São fases que se sucedem numa mesma relação jurídica processual; são etapas da “ação” ajuizada pelo demandante quando da petição inicial, na qual o autor não pede apenas uma sentença que reconheça seu direito, mas pede, isto sim, o *bonum da vida* a que, em seu entendimento, assiste-lhe direito.³⁵⁷

Muito se discute acerca da natureza do provimento de que trata o art.475-H. Uma parcela da doutrina inclina-se no sentido de que seria declaratório³⁵⁸, mas, seguindo as lições de Pontes de Miranda,³⁵⁹ Ovídio Batista da Silva³⁶⁰ e Araken de

³⁵⁴ BATISTA DA SILVA, *Curso...*, p. 58.

³⁵⁵ como sustentava PONTES DE MIRANDA, *Comentários...*, p. 129.

³⁵⁶ Outra alteração trazida pela reforma e que se mostra importante para o tema em estudo é a possibilidade de se liquidar a sentença, enquanto pendente recurso, mesmo que este possua efeito suspensivo (art.575-A, § 2º). Embora o recurso possa modificar sensivelmente o julgado, tal dispositivo legal permite ao autor de ação civil pública manejar a liquidação da sentença, antes do trânsito em julgado, reduzindo o tempo de espera, já que a liquidação nestes processos costuma ser dotada de grande complexidade, em razão da própria natureza dos direitos tutelados.

³⁵⁷ CARNEIRO, Athos Gusmão. A “nova” execução dos títulos extrajudiciais. Mudou muito? *Revista de Processo*, São Paulo, n. 143, p. 115-129, jan. 2007, p. 116.

³⁵⁸ Neste sentido: LIEBMAN, *Processo...*, p. 60; DINAMARCO, *Execução...*, p. 556.

³⁵⁹ PONTES DE MIRANDA, *Comentários...*, p. 131.

³⁶⁰ BATISTA DA SILVA, *Curso...*, v. 2, p. 60.

Assis, entendemos que é de natureza constitutiva, tendo em vista que, como salienta o último,

Se a liquidação é de obrigação formada em pretérita demanda condenatória, já houve sua declaração de existência e, em seguida a reprovação do réu (condenação). Logo, as eficácias declaratória e condenatória já foram exauridas: não há o menor sentido de que, novo processo, se declare ou condene outra vez. Por isso, a ação liquidatória, visa, acima de tudo, a constituir alguma coisa que falta na obrigação, integrá-la de liquidez.³⁶¹

A liquidação da sentença pode se dar por arbitramento ou por artigos³⁶². Mas, a escolha da forma de liquidação não se constitui em poder discricionário outorgado ao credor, pois a opção decorre da natureza e da complexidade das operações a serem realizadas no procedimento de liquidação, regendo-se pelo princípio da adequação, dependendo da “concreta demonstração da necessidade de se propiciar maior ou menor cognição ao magistrado”³⁶³.

A liquidação será por arbitramento quando houver a necessidade de nomeação de um especialista, um perito para que se possa chegar ao valor da condenação, relacionando-se com as formas de reparação do dano e os meios para avaliá-lo.³⁶⁴

³⁶¹ ASSIS, *Manual...*, p. 274.

³⁶² Optamos por não incluir a chamada liquidação por cálculo aritmético (antiga liquidação por cálculo do contador) entre as espécies de liquidação por entender que quando a determinação do valor da condenação depender de mero cálculo aritmético, não falta ao título o requisito da liquidez, sendo desnecessária sua liquidação. Como muito bem pondera Guilherme Rizzo do Amaral (*A nova execução- comentários...*p.115) “quando a determinação do valor da condenação depender apenas de cálculo aritmético – é evidente a imediata exigibilidade do cumprimento do devedor, pois este mesmo pode proceder ao referido cálculo (como procederia na forma do revogado art.570 do CPC).” Em sentido contrário, entendendo que no art.475-B subsiste um meio de liquidação, ASSIS, *Manual...*, p. 285.

³⁶³ VENTURI, *Execução...* p. 103.

³⁶⁴ ASSIS, *op. Cit.*, p. 291.

Já a liquidação por artigos se dá sempre que o credor precisar provar fatos novos ainda não provados na demanda que originou a sentença. Por fatos novos deve-se entender aqueles que tenham ocorrido depois da sentença e que tenham relação direta com a determinação da extensão da obrigação nela constituída ou aqueles que, mesmo não sendo supervenientes à sentença, não tenham sido objeto de alegação ou prova no anterior processo de conhecimento, embora se tratem de fatos vinculados à obrigação resultante da sentença.³⁶⁵

A liquidação de sentença, assim como os demais temas relativos à execução, não encontra regulação nos dispositivos da Lei da Ação Civil Pública, devendo ser realizada de acordo com o previsto no CDC e no Código de Processo Civil. Importa lembrar, ainda, que as normas previstas nos artigos 97 a 100 do CDC, embora inseridas no capítulo pertinente às ações para a defesa dos direitos individuais homogêneos, aplicam-se igualmente àquelas fundadas em direitos coletivos e difusos, em razão da inexistência de um regramento específico quanto a estas, bem como diante do fato de que as regras processuais previstas no CDC se aplicam às ações civis públicas.³⁶⁶

Estabelecidas as premissas relativas à liquidação de sentença, importa analisar como esta se realiza nas ações civis públicas.

³⁶⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Liquidação de sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 133.

³⁶⁶ Neste sentido: PIZZOL, *Liquidação...*, p. 235 e WAMBIER, *Liquidação de sentença...*, p. 371.

4.3.1.1 A liquidação nas ações que tutelam direitos difusos ou coletivos

Nesta espécie de ação civil pública, a liquidação de sentença não se apresenta como regra geral, ao contrário do que ocorre nos direitos individuais homogêneos. Mas, tendo em vista a complexidade do próprio objeto da demanda (direitos não dotados de patrimonialidade), a liquidação, muitas vezes, mostra-se imperiosa, já que se torna muito difícil o ajuizamento da ação com um pedido certo, até porque nem sempre é possível determinar, no início da demanda, a extensão dos danos causados. Diante destas especiais circunstâncias, não é incomum a prolação de sentenças genéricas, dependentes de liquidação, a ser realizada, na maior parte das vezes, com a utilização do arbitramento³⁶⁷, que deverá mensurar a lesão com critérios de razoabilidade, observando peculiaridades inerentes à situação definida na demanda coletiva, não sendo adequada a simples transposição de parâmetros legais fixados para a imposição de sanções administrativas.³⁶⁸ Mas, a liquidação por artigos não está completamente excluída e poderá ser utilizada quando houver a necessidade de comprovar fato novo.

A liquidação de sentença proferida em ação tutelando direitos difusos e coletivos deverá ser promovida, a título coletivo, preferencialmente pelo próprio autor da ação, no prazo de 60 dias do trânsito em julgado da sentença, previsto no art.15

³⁶⁷ A liquidação nas sentenças proferidas em ações civis públicas que tem por objeto direitos difusos ou coletivos deverá definir o *quantum* devido, pois a obrigação, o *an debeatur*, está decidida na decisão a ser liquidada.

³⁶⁸ LEONEL, *Manual...*, p. 384.

da LACP. No entanto, se este não a proceder, deverá³⁶⁹ o Ministério Público proceder à liquidação e posterior execução da sentença.

Além da possibilidade de liquidação coletiva da sentença proferida em ação civil pública, há a possibilidade de liquidação individual, decorrente da possibilidade de transporte *in utilibus* da coisa julgada coletiva, conforme previsto no § 3º do art.103 do CDC. Como salientado quando se tratou da coisa julgada (item 3.2.1), um mesmo fato pode acarretar danos a direito difuso ou coletivo e a direitos individuais. Então, retomando o exemplo já utilizado, se uma sentença proferida em ação civil pública reconhece que um navio despejou óleo no rio, causando a mortandade de peixes, esta pode ser executada coletiva ou individualmente, pelos pescadores da região que sofreram prejuízos econômicos advindos do dano ambiental causado. Evidentemente, esta sentença (que não precisa ser condenatória, pois basta que reconheça o dano e o nexos com a ação do réu) precisa ser liquidada individualmente, por artigos, posto que o prejudicado necessariamente deverá comprovar sua condição e os danos sofridos, fatos novos que não foram discutidos no processo original.³⁷⁰

4.3.1.2 A liquidação nas ações que tutelam direitos individuais homogêneos

³⁶⁹ A doutrina entende de forma pacífica que não se trata de faculdade do Ministério Público, mas sim de dever funcional. Por todos, NERY JÚNIOR; NERY, *Código...*, p. 1439, afirmam: “a propositura da ação de execução de sentença condenatória transitada em julgado é, para o MP, obrigatória. Não incide aqui a conveniência ou oportunidade, mas sim o princípio da obrigatoriedade em sentido amplo.”

³⁷⁰ É natural que se dê a liquidação por artigos no caso da utilização *in utilibus* da sentença proferida na ação civil pública, posto que na sentença penal condenatória, hipótese semelhante, a doutrina reconhece que a liquidação deve ser feita igualmente por artigos. Neste sentido: PONTES DE MIRANDA, *Comentários...*, p. 139.

Como visto, nas sentenças que tutelam direitos difusos e coletivos, a liquidação e a execução devem se dar obrigatoriamente a título coletivo, embora também possa haver a utilização de tais decisões para embasar liquidações e execuções individuais, com o reconhecimento de seu efeito *in utilibus*. Contudo, nas ações acidentalmente coletivas³⁷¹, a liquidação e a execução poderão ocorrer tanto a título individual como a título coletivo.

4.3.1.2.1 A liquidação individual

O art.95 do CDC determina que a sentença proferida em ação que tutela direitos individuais homogêneos será, em regra, genérica³⁷², limitando-se a fixar a responsabilidade do réu pelos danos causados, cabendo aos interessados realizarem a liquidação individual, comprovando a existência de seu dano pessoal, bem como o nexo etiológico com o dano geral que embasou a condenação genérica.³⁷³ Esta liquidação deve se processar por artigos, pois sempre haverá fato

³⁷¹ aquelas que tutelam direitos individuais homogêneos.

³⁷² CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves de. Sentença, liquidação e execução nos processos coletivos para a tutela dos direitos individuais homogêneos In: SANTOS, Emani Fidelis dos et al. (Coord.) *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 301, critica a interpretação restrita do art.95 do CDC, que entende somente ser possível a prolação de sentença genérica quando a ação tutelar direitos individuais homogêneos. Sustenta o autor que embora a condenação genérica seja a regra, pela dificuldade de definição imediata dos danos e das vítimas, nem sempre haverá ausência de determinação dos beneficiários da sentença e liquidez da condenação. Cita como exemplo sentenças declaratórias e constitutivas, que, pela sua própria natureza, não vão precisar de futura liquidação ou execução, como no caso da declaração de inexigibilidade de determinado tributo ou anulação de cláusula contratual em relação de consumo, na qual os beneficiários já estejam, desde o início, definidos.

³⁷³ GRINOVER, *Código...*, p. 693.

novo a ser demonstrado (o nexo de causalidade entre o dano genérico e prejuízo sofrido pelo liquidante).³⁷⁴

A complexidade da liquidação nesta espécie de sentença decorre, não do direito objeto do processo, mas da existência de diversos lesados e da necessidade de especificação dos danos individualmente sofridos.

Sendo a sentença genérica, poderá ocorrer que, em muitos casos, a liquidação revele a inexistência de danos a alguns dos habilitados, mas a efetiva existência de um dano que lesa direitos individuais homogêneos é inafastável, pois entender-se em sentido contrário significaria negar a própria condenação.

Isto porque a sentença pode ser ilíquida, mas precisa ser certa, já que

a certeza é a condição essencial do julgamento, devendo o comando da sentença estabelecer claramente os direitos e obrigações, de modo que seja possível executá-la. E essa certeza é respeitada, na medida em que a sentença condenatória estabelece a obrigação de indenizar pelos danos causados, ficando os destinatários e a extensão da reparação a serem apurados em liquidação da sentença.³⁷⁵

É inegável que esta liquidação assume caráter especial, pois, mais do que fixar a quantia a ser paga pelo devedor, deve o juízo, com antecedência lógica, apurar se em relação ao habilitado houve qualquer lesão de ordem patrimonial ou moral.³⁷⁶ Não é apenas o *quantum debeat* que deverá ser comprovado, mas a própria ocorrência do dano em relação ao liquidante e o nexo causal deste com o

³⁷³ PIZZOL, *Liquidação...*, p. 194.

³⁷⁵ GRINOVER, *op. cit.*, p. 668.

³⁷⁵ VENTURI, *Execução...*, p. 130.

fato reconhecido na ação coletiva. Nesta espécie de liquidação a condição de legitimado para promovê-la constituirá parte do próprio mérito do processo.³⁷⁷ Assim, por exemplo, se a sentença condenatória genérica determinar ao fornecedor de um produto que indenize todas as pessoas que o utilizaram e sofreram danos, deverá o autor demonstrar esta situação, não bastando comprovar a extensão dos danos.

Este caráter especial deve ser considerado na aplicação das regras relativas à liquidação de sentença, o que é salientado diante do dissenso decorrente do veto presidencial ao parágrafo único do artigo 97 do CDC, que permitia a realização da liquidação no domicílio do liquidante. Tal dispositivo foi vetado, sob o argumento de que romperia o princípio da vinculação, dissociando o foro do processo de conhecimento do da execução.

Com a reforma da execução, recentemente operada, o argumento do veto poderia ser considerado ainda mais forte, tendo em vista a opção pelo processo sincrético, passando a liquidação a se constituir em mera fase procedimental e não em nova ação, assim como a própria execução, devendo, pois, desenvolver-se no mesmo processo em que prolatada a sentença.

No entanto, como se defende desde o início deste trabalho, as ações civis públicas, devem ser interpretadas à luz do sistema do qual fazem parte, buscando-se outorgar a maior efetividade possível aos direitos que buscam tutelar. Não podemos esquecer, como já referido, que a reforma da execução buscou

³⁷⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. *Anotações sobre a liquidação e a execução das sentenças coletivas*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves; WATANABE, Kazuo (Coords.). *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 273.

exatamente conferir maior efetividade a esta atividade, não sendo lógico interpretarmos a lei em sentido diametralmente oposto.

Ora, exigir-se que a liquidação e a posterior execução individual ocorram, não só no mesmo juízo, como determinado pelo CDC, mas agora no mesmo processo em que prolatada a sentença acarretaria a total impossibilidade de se liquidar e executar a sentença, em razão do grande número de legitimados, cada qual com uma relação diversa com o executado.³⁷⁸ Por isto, entendemos que a liquidação e a execução individuais de sentenças proferidas em ações coletivas devam ser processadas em processo autônomo, independente daquele em que proferida a sentença.³⁷⁹

Em continuidade, com apoio na maior parte da doutrina que aborda o tema, também entendemos que as liquidações e as execuções individuais poderão ser propostas perante o mesmo juízo que prolatou a sentença³⁸⁰, como no domicílio do liquidante, pois, embora o parágrafo único do artigo 97 do CDC tenha sido vetado,

³⁷⁸ Neste sentido: FLACH, Daisson. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Coord.) *A nova execução: comentários à Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.34.

³⁷⁹ Os autores que comentam a reforma da execução não encontram dificuldade em definir que permanecem autônomos os processos de execução da sentença penal condenatória, da sentença arbitral, da sentença estrangeira e do acórdão que julgar procedente a revisão criminal (neste sentido: DIDIER JÚNIOR, Notas..., p. 144), não havendo óbice para que se inclua a execução individual de sentença coletiva neste rol, pela já referida impossibilidade material de se efetivar diversas execuções individuais, com aspectos específicos, em um mesmo processo. SHIMURA, *Tutela...*, p. 166, também entende no sentido aqui defendido, elencando a sentença condenatória, oriunda de ação coletiva, que tenha por objeto o ressarcimento de danos a direitos individuais homogêneos entre os títulos executivos judiciais que continuam exigindo um processo de execução autônomo. No mesmo sentido: BERTOGNA JÚNIOR, Oswaldo. Da liquidação e do cumprimento de sentença na ação civil pública – aspectos relevantes. In: SANTOS, Ernani Fidelis dos et al. (Coord.) *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 301.

³⁸⁰ Neste sentido: GRINOVER, *Código...*, p. 695; VENTURI, *Execução...*, p. 134; OLIVEIRA, Ariane Fernandes de. *Execução nas ações coletivas*. Curitiba: Juruá, 2004, p.124. SCHIMURA, *Tutela...*, p. 170, anota, com razão, que com a nova redação do artigo 475-P, do CPC, a liquidação e a execução individual também podem ser propostas no local onde se encontram os bens sujeitos à expropriação e no domicílio do executado.

permanece íntegro o § 2º do artigo 98, que distingue os juízos da condenação e da liquidação, permitindo concluir pela possibilidade de ajuizamento da liquidação e da execução no domicílio do liquidante, a teor do art.101 do mesmo diploma legal.

Como salienta Grinover,

a lei não pode conter disposições inúteis, sendo imperioso “dar conteúdo ao dispositivo em tela e a única interpretação capaz de fazê-lo parece ser aquela que, reportando-se ao disposto no art.101, inc.I, e aplicando-o por analogia, extrai do sistema a regra da competência de foro do domicílio do liquidante.³⁸¹

Ademais, também há que se considerar as dificuldades práticas que podem advir da manutenção de todas as execuções individuais no juízo em que proferida a sentença coletiva, pois, como bem pondera Castro Mendes, as condenações proferidas em processos coletivos podem beneficiar centenas ou até milhares ou milhões de pessoas, acarretando o ajuizamento das respectivas liquidações e execuções, emperrando e tornando inviável o juízo.³⁸²

4.3.1.2.2 A liquidação coletiva

Além da possibilidade de liquidação individual da sentença genérica prevista no art.95 do CDC, o sistema brasileiro de tutela coletiva estabeleceu a possibilidade de liquidação coletiva, devendo esta ser manejada pelos entes legitimados no art.82 do CDC, na hipótese de não ter havido habilitação de interessados em número

³⁸¹ GRINOVER, *Código...*, p. 695.

³⁸² CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves de. Sentença, liquidação e execução nos processos coletivos para a tutela dos direitos individuais homogêneos. In: SANTOS, Ernani Fidelis dos et al. (Coord.) *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 302.

compatível com a gravidade do dano, no prazo de um ano, contado a partir da publicação da sentença.

Em razão do prazo previsto, Pizzol³⁸³ afirma, com razão, que nesta espécie de liquidação não há legitimidade concorrente entre os legitimados coletivos e os titulares de direitos individuais homogêneos, pois estes têm preferência sobre aqueles, já que, na liquidação coletiva da sentença genérica há uma espécie de “desvio” de finalidade da sentença, que era, originalmente, ressarcir os prejuízos dos titulares dos direitos individuais.³⁸⁴

Grinover³⁸⁵ salienta a utilidade do dispositivo, argumentando que, nas ações coletivas que têm por objeto a reparação de danos causados a pessoas indeterminadas, poderão surgir problemas de identificação dos prejudicados, de distribuição entre elas da arrecadação e do uso do eventual resíduo não reclamado pelos membros da coletividade.

Tais situações são comuns quando se fala em tutela dos direitos do consumidor, já que lesões mínimas dificilmente estimulam o prejudicado a acionar a jurisdição. Os exemplos são muitos, como o do posto de gasolina que subtrai do consumidor uma pequena parcela do valor pago ou da distribuidora de gás que fornece botijões com quantidade menor de mercadoria.

³⁸³ PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas...*p. 184.

³⁸⁴ WAMBIER; WAMBIER, Anotações..., p. 275.

³⁸⁵ GRINOVER, *Código...*, p. 697.

Assim, mais do que emprestar uma tutela coletiva à defesa de direitos individuais homogeneizados, o legislador do CDC acabou por, considerando a elevada relevância social não só da facilitação da defesa processual mas também da repressão efetiva aos responsáveis pela lesão à classe, inaugurar um sistema que procura não deixar os causadores destes danos impunes, ao mesmo tempo em que propiciar uma fonte de captação de recursos ao Fundo criado pela LACP.³⁸⁶

A liquidação coletiva não irá apurar o valor devido aos prejudicados individualmente, mas sim terá por objeto a apuração do prejuízo globalmente causado, devendo o juiz proceder a avaliação e quantificação dos danos causados e não dos prejuízos sofridos, levando em consideração as indenizações pessoais apuradas, para efeito de compensação.³⁸⁷

Como bem anota Wambier

A idéia do legislador foi a seguinte: ainda que tenha havido certa movimentação em torno da sentença de procedência, se não se considerar ter sido restabelecido o *equilíbrio que se havia rompido pela perpetração do ilícito*, a legitimidade é por assim dizer “devolvida” aos entes coletivos de que fala o art.82 do CDC, para que se faça justiça, com o objetivo de suprir a inatividade dos prejudicados que não pode resultar na liberação do causador do dano.³⁸⁸

Em razão de tais disposições, previstas no art.100 do CDC, Grinover³⁸⁹ sustenta, com razão, não ser cabível a formulação de pedidos indenizatórios para o

³⁸⁶ VENTURI, *Execução...*, p. 154.

³⁸⁷ GRINOVER, *Código...*, p. 699. ARRUDA ALVIM, José Manoel de; ALVIM, Teresa, ARRUDA ALVIM, Eduardo; MARINS SOUZA, James. *Código do Consumidor Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 452 explicam que, promovida a execução com base no art.100 do CDC, com a ocorrência simultânea de execuções individuais, deverá ser deduzido do valor calculado a título coletivo aquilo que já foi pago aos credores individuais, pois não pode haver indenização dupla pelos mesmos fatos.

³⁸⁸ WAMBIER, *Liquidação...*, p. 277.

³⁸⁹ GRINOVER, *Código...*, p. 698.

Fundo em ações civis públicas que tutelam direitos individuais homogêneos, uma vez que tais pedidos prejudicam o direito às indenizações pessoais dos consumidores que quisessem se habilitar à reparação individual.³⁹⁰

4.4 O destino do produto da execução: os Fundos de recuperação dos bens lesados

Em razão da natureza dos direitos difusos e coletivos, quando houver condenação em dinheiro, o produto da execução deverá ser destinado a um fundo. Já nos direitos individuais homogêneos, embora a destinação para um Fundo não seja regra, ela é possível, quando ocorrer a hipótese prevista no artigo 100 do CDC.

O fundo para destinação do produto da condenação foi previsto na Lei nº 7347/85, sendo definido por Salles como “um mecanismo administrativo, criado por lei para o recebimento e gestão dos valores arrecadados com condenações

³⁹⁰ Esta espécie de execução, prevista no art.100 do CDC e destinada ao Fundo de Reparação dos Bens Lesados não se confunde com a possibilidade, prevista no art. 97 do CDC, dos entes coletivos ajuizarem execução em nome das vítimas, em verdadeira representação, como adverte GRINOVER, op. cit., p. 691. Contudo, entendermos que esta espécie de execução (a prevista no art.97 do CDC) deve ser vista com grande reserva, pois não há muito sentido em se conceder aos entes elencados no art.82 do CDC legitimação para promoverem a liquidação e a execução da sentença, quando a condenação se vincula a danos pessoalmente suportados pelos indivíduos, do qual o legitimado coletivo não tem conhecimento. Assim, extensão da legitimidade, ao invés de outorgar maior efetividade ao processo, poderá prejudicar as vítimas e seus sucessores, razão pela qual a solução “seria a restrição do número de “representantes”, de tal forma a permitir, de um lado, o efetivo conhecimento das específicas situações de cada qual pelo órgão legitimado substituto e a viabilidade do processo liquidatório”, como preconiza VENTURI, *Execução...*, p. 132.

judiciais”³⁹¹. Não se confunde com o *fluid recovery* do direito norte-americano, pois este é um instrumento exclusivamente jurisdicional, criado pelo próprio juízo no contexto de uma determinada ação, devendo reverter para os interessados ou ser institucionalizado (na forma de uma espécie de fundação) sob o controle ou supervisão do juízo, para realização de atividades compensatórias em proveito de toda a classe envolvida.³⁹² Já o fundo brasileiro até pode se aproximar do americano, no tocante à liquidação e habilitação de interessados nas ações que tutelam direitos individuais homogêneos, mas se mostra diverso, pois além destes também se destina a atender direitos caracterizados pela indivisibilidade. Além disto, o fundo brasileiro, diversamente do americano, tem natureza administrativa e não jurisdicional, sendo criado por lei, administrado por um conselho e fiscalizado em atividade totalmente dissociada do julgamento da ação civil pública.

Os fundos previstos na Lei da Ação Civil Pública são geridos por conselhos estaduais e federais, compostos por representantes da comunidade e do Ministério Público. No âmbito federal, o fundo está regulado pela Lei 9008/95 e pelo Decreto nº 1.306, de 9 de novembro de 1994. Além do fundo federal, vários Estados também criaram fundos para recuperação dos bens lesados. No Estado do Rio Grande do Sul, o fundo estadual foi instituído pela Lei Estadual nº 10.913/97 e regulamentado pelo Decreto Estadual nº 38.864/98.

A condenação ao Fundo se constitui em medida compensatória, que, como reiteradamente se sustentou neste trabalho, somente deve ser aplicada no caso de impossibilidade de fixação de medidas específicas de recuperação, e, como bem

³⁹¹ SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 313.

³⁹² *Ibidem*, p. 311-313.

lembra Sales, “deve ser usada apenas quando esgotadas as possibilidades de recomposição do bem lesado”.³⁹³ Por outro lado, os recursos do Fundo devem ser destinados preferencialmente à recuperação dos bens protegidos pela Lei da Ação Civil Pública e não em outras destinações, como as previstas na Lei 9.008/1995 (art. 1º, § 3º), como a *modernização administrativa dos órgãos públicos* responsáveis pela execução das políticas relativas às áreas de meio ambiente e demais interesses difusos e coletivos.

³⁹³ SALLES, *Execução...*, p. 309.

CONCLUSÃO

O trabalho teve como objetivo principal examinar a ação civil pública como meio para a tutela jurisdicional dos direitos, seus principais institutos e como se dá o cumprimento de suas decisões.

Para tanto, iniciou-se com o estudo da tutela jurisdicional, as relações entre direito material e processo, constatando-se que a ação civil pública se constitui em reflexo do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. A tutela jurisdicional decorrente da sentença proferida na ação civil pública pode assumir diversas naturezas, dependendo da espécie de direito posto em causa, do pedido do autor e das exceções de direito material suscitadas pelo demandado, atendendo-se aos princípios da efetividade e da segurança, em abstrato, e, em concreto, aos princípios do dispositivo, da demanda e da adequação. De qualquer modo, impõe-se o reconhecimento das tutelas mandamental e executiva *lato sensu*.

Assentadas estas questões, passou-se a examinar o objeto da ação civil pública, estabelecendo-se a utilização do termo “direitos” em detrimento da denominação “interesses” porque nosso sistema jurídico acolhe os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, outorgando-lhes grande proteção, não havendo razão para que se adote denominação mais afeita a sistemas jurídicos de jurisdição bipartida. Estabelecida esta premissa, foram conceituados os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, salientando-se a necessidade de distinção entre eles a fim de que os institutos previstos no processo sejam adequadamente

empregados. Nesta distinção, devem ser utilizados critérios baseados nas características dos direitos e não em aspectos processuais. Para diferenciação entre os direitos coletivos *lato sensu* e os individuais homogêneos, propôs-se o critério da indivisibilidade, enquanto na distinção dos coletivos entre si, sugeriu-se a análise da existência ou não de um vínculo jurídico, bem como a determinabilidade ou não dos titulares. Também adotou-se a denominação ação civil pública para tratar de todos os direitos previstos na Lei nº 7347/85, por se entender que a expressão já se encontra consagrada pelo uso, não havendo razão para a utilização de outros termos.

Após, realizou-se um histórico da tutela coletiva, verificando-se que esta tem suas raízes no direito romano que, não obstante seu caráter individualista, já se preocupava, de uma maneira muito embrionária, com a defesa dos direitos coletivos *lato sensu*, realizada por meio da ação popular. Após, constatou-se que a tutela coletiva alcançou grande desenvolvimento no direito inglês, por meio do instituto do *bill of peace*, precursor das modernas *class actions*. O direito norte-americano também se constitui em fonte histórica da ação civil pública brasileira, porquanto nele se consagraram as chamadas ações de classe, fontes de estudo dos doutrinadores italianos que, por sua vez, influenciaram a doutrina brasileira a sustentar a criação de ações que visassem a tutela dos direitos difusos e coletivos, culminando com a edição da Lei nº 7347/85.

No exame das questões controvertidas relacionadas à ação civil pública, ressaltou-se a necessidade dos ordenamentos jurídicos estabelecerem a forma mais ampla possível de legitimação ativa para que os direitos tutelados pela ação sejam

adequadamente defendidos. Entendeu-se que a natureza jurídica desta legitimação é extraordinária, pois o autor da ação não é o titular da relação jurídica de direito material questionada. Quanto à coisa julgada, verificou-se que o sistema brasileiro adota o regime chamado de *secundum eventum litis*, que, embora passível de críticas, representou, no momento de sua criação, a sistemática que melhor se conformava com o sistema brasileiro, caracterizado pela deficiência de informação, ausência de conscientização, desconhecimento dos canais de acesso à justiça e distância entre o povo e o Poder Judiciário. Já a litispendência, precisa ser remodelada a fim de que seja estabelecido um efetivo sistema de exclusão, acompanhado do controle da representatividade adequada com o intuito de que as ações civis públicas impeçam a proliferação das chamadas demandas “repetidas”.

Examinando-se a função jurisdicional executiva, constatou-se que, embora esta tenha se mantido em um lugar secundário em relação ao conhecimento, durante muito tempo, hoje assume especial relevância, diante da consagração do valor efetividade em detrimento do valor segurança.

Na ação civil pública a importância da atividade de execução se apresenta de forma potencializada, seja pelo amplo espectro de abrangência de sua base subjetiva, seja pela complexidade objetiva dos atos executórios. No entanto, embora o legislador tenha disciplinado o processo de conhecimento, não o fez em relação à execução, razão pela qual os dispositivos que devem ser utilizados nesta são aqueles previstos no Código de Processo Civil, mas sem perder de vista os objetivos e a natureza do processo coletivo, impedindo a pura e simples transposição dos dispositivos do processo individual sem a devida adaptação .

De qualquer modo, deve o autor, sempre que possível, optar pela tutela específica, em especial quando o objeto da ação for direito difuso ou coletivo, pois estes, em regra, não são dotados de patrimonialidade. Apenas nos casos em que a atuação jurisdicional não chega a tempo de evitar o dano ou a tutela específica se mostra impossível, pode-se optar pelo ressarcimento, com a obrigação de pagar quantia, que, em regra, deverá ser liquidada. A liquidação, nas ações que tutelam direitos difusos e coletivos, costuma ocorrer por meio de arbitramento, enquanto nas ações que tutelam direitos individuais homogêneos se dá por artigos, já que nestas, além de comprovar o dano, o liquidante deverá demonstrar sua condição de prejudicado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro. Um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. Volume VIII

_____. Direito material, processo e tutela jurisdicional. In: Org. MACHADO, Fábio Cardoso e RIZZO AMARAL, Guilherme. *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.

_____. *Do formalismo no processo civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Efetividade e processo de conhecimento. In: _____. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, p.244-259.

_____. *Efetividade e tutela jurisdicional*. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br>> Acesso em: 25 jun. 2007.

_____. A garantia do contraditório. *Revista de Direito Processual Civil*, São Paulo, n. 10, p. 667-680, out./dez. 1998.

_____. O problema da eficácia da sentença. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 112, p.09-22, out./dez. 2003.

_____. Título executivo. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Org.) *Elementos para uma nova teoria geral do processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

_____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008

_____. *Tutela declaratória executiva?* Disponível em: <<http://www.tex.pro.br>> Acesso em: 17 abr. 2007.

AMARAL, Francisco. Individualismo e universalismo no direito civil brasileiro: permanência ou superação de paradigmas romanos? *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, n. 71, p. 69-86, jan./mar. 1995.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *A efetivação das sentenças sob a ótica do formalismo-valorativo: um método e sua aplicação*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2006.

_____. In.: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Coord.) *A nova execução: comentários à Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *As astreintes e o processo civil brasileiro: multa do art.461 do CPC e outras*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

ARMELIN, Donald. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de; ALVIM, Teresa, ARRUDA ALVIM, Eduardo; MARINS SOUZA, James. *Código do Consumidor Comentado*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. Notas atuais sobre a figura da substituição processual. *Revista de Processo*. V.106. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.18-27.

ASSIS, Araken de. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Execução na ação civil pública. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 82, abr./jun. 1996, p.46-52.

_____. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. O direito pós-moderno e a codificação. *Revista do Consumidor*, São Paulo, v. 9, n. 33, jan./mar. 2000, p.123-129.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ação civil pública. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 3, p. 187-199, 1993.

_____. A ação popular no direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. In: TEMAS de direito processual. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. Legitimação para agir. In: TEMAS de direito processual: 3ª série. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. A nova definição de sentença. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, n. 41, maio/jun. 2006.

_____. Tendências contemporâneas do direito processual civil. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 42, p. 35-52, 1984.

_____. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. In: TEMAS de direito processual: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista do Ministério Público*. Porto Alegre, n. 46, p. 29-66, jan./mar. 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. A tutela dos interesses difusos no direito constitucional brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 23, p. 36-44, jul./set. 1981.

BATISTA DA SILVA, Ovídio A. *Curso de processo civil*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Jurisdição e execução na tradição romano-canônica*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Sentença condenatória na Lei nº 11.232. In: NOGUEIRA, Gustavo Santana (Coord.). *A nova reforma processual*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. Legitimidade processual e legitimidade política. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org). *Processo civil e interesse público. O processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, p.101-112.

BENJAMIN, Antônio Herman V. A insurreição da aldeia global contra o processo civil clássico: apontamentos sobre a opressão e a libertação judiciais do meio ambiente e do consumidor. In: MILARÉ, Edis (Coord.) *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BERTOIGNA JÚNIOR, Oswaldo. Da liquidação e do cumprimento de sentença na ação civil pública – aspectos relevantes. In: SANTOS, Ernani Fidelis dos et al. (Coord.) *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BIELSA, Rafael. A ação popular e o poder discricionário da administração. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 52, n. 157, jan./fev. 1955, p.34-49.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BUENO, Cássio Scarpinella. As “class action” norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 82, abr./jun. 1996, p.92-151.

_____. *Amicus Curiae no processo civil brasileiro. Um terceiro enigmático*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CALAMANDREI, Instituciones de Derecho Procesal Civil. Tradução Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: De Palma, 1943.

CAMARGO FERRAZ, Antonio Augusto Mello Ação civil pública, inquérito civil e Ministério Público. In: MILARÉ, Edis (Coord.) *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. Considerações sobre interesse social e interesse difuso. In: MILARÉ, Edis (coord). *Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: RT, 2005, p.59-71.

CAPPELLETTI, Mauro. O acesso dos consumidores à Justiça. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 310, p. 53-63, abr./jun. 1990.

_____. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 5, jan./mar. 1977.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento da sentença civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. Direitos individuais homogêneos, limitações à sua tutela pelo Ministério Público. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 103, p. 189-198, jul./set. 2001.

_____. A “nova” execução dos títulos extrajudiciais. Mudou muito? *Revista de Processo*, São Paulo, n. 143, p. 115-129, jan. 2007.

CARNELUTTI, Francesco. *Instituições do processo civil*. Tradução Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. v. 1.

_____. Titolo esecutivo e scienza del processo. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, v. 11, p. 154-159, 1934.

CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves de. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Sentença, liquidação e execução nos processos coletivos para a tutela dos direitos individuais homogêneos In: SANTOS, Ernani Fidelis dos et al. (Coord.) *Execução civil: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p.299-303.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução da 2ª edição italiana por J.Guimarães Menegale, com notas de Enrico Tullio Liebmann. São Paulo: Saraiva, 1969. v. 2.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Garanzie costituzionale e “giusto processo”: modelli a confronto. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 90, n. 23, p.95-150, abr./jun. 1998.

COUTURE, Eduardo. *Fundamentos del derecho procesal civil*. 3. ed. Buenos Aires: De Palma, 1974.

DENTI, Vitorio. Giustizia e partecipazione nella tutela dei nuovi diritti. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (Coord.) *Participação e processo*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1988.

_____. Intorno ai concetti generali del processo di esecuzione. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, 1955.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Notas sobre a fase inicial de cumprimento da sentença (execução de sentença que imponha pagamento de quantia). In: SANTOS, Ernane Fidelis dos et al (Coord.) *Execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DIDIER Jr. Fredie, OLIVEIRA, Rafael; BRAGA, Paula Sarno. *Aspectos processuais da ADIN (ação direta de inconstitucionalidade) e ADC (ação declaratória de constitucionalidade)*. IN: *Ações constitucionais*. 2.ed. DIDIER Jr. Freddie. (Org). Salvador: Jus Podivm, 2007, p.405-485.

DIDIER JÚNIOR , Fredie e ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. Volume 4. 3.ed.Salvador: JusPodivm, 2008.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo, Malheiros, 2002. v. 3.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *A reforma do Código de Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

_____. As três figuras da liquidação de sentença. *Revista da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia*, Porto Velho, n. 3, p. 109-140, 1997.

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

FINK, Daniel Roberto. Alternativas à ação civil pública ambiental (reflexões sobre as vantagens do termo de ajustamento de conduta). In: MILARÉ, Edis (Coord.) *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p.113-139.

FLACH, Daisson. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Coord.) *Comentários à Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FRIEDENTHAL, Jack H.; KANE, Mary Kay; MILLER, Arthur R. *Civil Procedure*. 3. ed. St.Paul: West Group, 1999.

GIDI, Antonio. *A class action como instrumento de tutela coletiva dos direitos. As ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales em Brasil*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

_____. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GOMES, Orlando. *Introdução do direito civil*. 13. ed. Rio de Janeiro:Forense, 1998.

_____. _____. 18. ed. Atualização e notas Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores- a Lei 7.347, de 24.07.1985. *Ajuris*, Porto Alegre, n.36, março 1986, p.7-22.

_____. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

_____. Da “class action for damages” à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade. *Revista de Processo*, São Paulo, v 101, jan./mar. 2001, p.2-20.

_____. Da coisa julgada no Código de Defesa do Consumidor. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 33, p. 5-15, dez. 1990.

_____. Direito processual coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluísio; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.10-15.

_____. O novo processo do consumidor. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 62, p. 141-152, abr./jun. 1991.

_____. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 97, p. 9-15, jan./mar. 2000.

_____. Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer. *Revista Ajuris*, v. 23, n. 65, nov. 1995.

_____. A tutela dos interesses difusos. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, n. 12, 1979.

GUERRA, Marcelo Lima. Execução de sentença em mandado de segurança. In: ASPECTOS polêmicos e atuais do mandado de segurança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.602/658.

_____. *Execução indireta*. São Paulo: RT, 1998.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código Penal anotado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

KNIJNIK, Danilo. *A exceção de pré-executividade*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
LACERDA, Galeno. Ação civil pública. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 19, p. 11-33, 1986.

LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

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

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e autoridade da sentença*. 2. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1981.

_____. *Processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1946.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos; GABBAY, Daniela Monteiro. Superação do modelo processual rígido pelo Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos, à luz da atividade gerencial do juiz. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluísio; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.78-95

LUGO, Andrea. Azione popolari. In: ENCICLOPÉDIA del Diritto. Milano: Giuffrè, 1959. v. 4.

MACHADO, Fábio Cardoso. “Ação” e ações: sobre a renovada polêmica em torno da ação de direito material. In: MACHADO, Fábio Cardoso e RIZZO AMARAL, Guilherme (Org). *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.,

MAFFINI, Rafael da Cás. *Tutela jurisdicional: um ponto de convergência entre o direito e o processo*. *Ajuris*, n.76, dezembro 1999, p.263-288.

MAFRA LEAL, Márcio Flávio. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A concomitância entre ações de natureza coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; CASTRO MENDES, Aluísio; WATANABE, Kazuo. *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 161-173.

_____. *Ação popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Sobre a legitimação do Ministério Público em matéria de interesses individuais homogêneos. In: MILARÉ, Edis (Coord.) *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – Reminiscências e Reflexões após dez anos de aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Questões do novo direito processual civil brasileiro*. Curitiba: Juruá, 1999

_____. Da ação abstrata e uniforme à ação adequada à tutela dos direitos. In: MACHADO, Fábio Cardoso e RIZZO AMARAL, Guilherme (Org). *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006,

_____. *Técnica processual e tutela de direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Tutela específica (arts.461, CPC e 84, CDC)*. São Paulo: Revista dos Tribunais: 2000.

_____. *Tutela inibitória: individual e coletiva*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1966. v. 2.

MAZZEI, Rodrigo, *A ação popular e o microssistema da tutela coletiva*. Revista Forense. Novembro-Dezembro de 2007, Vol 295, p.263/280,

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*.11.ed. São Paulo: Saraiva: 1999.

MICHELI, Gian Antonio . *Derecho procesal civil*. Tradução Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: Europa-America, 1970. v. 3: Proceso de ejecucion.

MILARÉ, Edis. *A ação civil pública na nova ordem constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Manual de direito penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

MIRRA, Álvaro Luiz Varlery. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente: representatividade adequada dos entes intermediários legitimados para a causa*. In: MILARÉ, Edis (Coord.) *A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MITIDIERO, Daniel Francisco. *A nova execução*. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Coord.) *Comentários à Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Bases para Construção de um Processo Civil Cooperativo: O Direito Processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2007

_____. Coisa julgada: limites objetivos e eficácia preclusiva. In: INTRODUÇÃO ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente. Porto Alegre: Fabris, 2004.

_____. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005,

_____. Polêmica sobre a teoria dualista da ação (ação de direito material – “ação processual”): uma resposta a Guilherme Rizzo Amaral. IN: MACHADO, Fábio Cardoso e RIZZO AMARAL, Guilherme (Org). *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.129-138.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *Direito romano*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1971. v. 1.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil e legislação processual civil extravagante em vigor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

OLIVEIRA, Ariane Fernandes de. *Execução nas ações coletivas*. Curitiba: Juruá, 2004.

OLIVEIRA JÚNIOR, Waldemar Mariz de. *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos*. In: ESTUDOS sobre o amanhã. São Paulo, 1978. caderno 2.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998.

PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1949. v. 6.

_____. *Tratado das Ações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970. v. 8.

PROTO PISANI, Andréa. Appunti preliminari pe uno studio della tutela giurisdizionale degli interesse collettivi (o più esttamente superindividuali) innanzi al giudice civile ordinário. In: LE AZIONE a tutela di interessi collettivi: atti ael convegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1975). Padova: Cedam, 1976.

REIS, José Alberto dos. *Processo de execução*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1982. v. 1.

RIBEIRO, Darci Guimarães. A concretização da tutela específica no direito comparado. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 32, p. 126-149, mar. 2007.

_____. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*. Barcelona: J.M. Bosch, 2004.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

RUBINSTEIN, Ronald. *Iniciación al derecho inglés*. Tradução de Enrique Jardí. Barcelona: Bosch, 1954.

SALLES, Carlos Alberto de. *Execução judicial em matéria ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SANTOS, Moacir Amaral dos. *Primeiras linhas de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SCHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006.

SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento civil romano*. Tradução Santiago Sentis Melendo, Marino Ayerra Redin. Buenos Aires: Europa-America, 1954.

SILVA, Ovídio Batista da. Direito subjetivo, pretensão, direito material e ação...p.20. In: Direito material, processo e tutela jurisdicional. In: MACHADO, Fábio Cardoso e RIZZO AMARAL, Guilherme (Org). *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.15-40

SILVA, Ovídio Batista da. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol I. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não-fazer*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

TARUFFO, Michele. I limiti soggettivi del giudicato e le class action. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 24, 1969, p.609-636.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47.ed. Rio de Janeiro:Forense, 2007. v. 1.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *“Class action” e mandado de segurança coletivo*. São Paulo: Saraiva, 1990.

_____. Código do consumidor e processo civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, Vol.671, p.32-39, setembro de 1991

_____. Limites subjetivos da sentença e da coisa julgada nas ações coletivas. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 143, p. 42-64, jan. 2007.

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

VENTURI, Elton. *Execução da tutela coletiva*. São Paulo:Malheiros, 2000.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Ação civil pública ou ação coletiva? In: MILARÉ, Edis (Coord.) *Ação civil pública: Lei 7.347/85 – 15 anos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. *Tutela jurisdicional coletiva*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

VIGORITTI, Vincenzo. *Interessi colettivi e processo*. Milano: Giufrè, 1979.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Liquidação de sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

WAMBIER, Luiz Rodrigues e WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Anotações sobre a liquidação e a execução das sentenças coletivas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini, CASTRO MENDES, Aluísio Gonçalves e WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito*

Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p.263-280.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. Litispendência em ações coletivas. In: DUARTE, Bento Herculano; DUARTE, Ronnie Preuss. *Processo Coletivo: aspectos relevantes, v.2: estudos em homenagem ao pro.Humberto Theodoro Júnior.* São Paulo: Médodo, 2007, p.567-583.

WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto.* 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

_____. *Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense.* Revista de Processo. V.67. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho-setembro 1992, p.15-25.

_____. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não-fazer. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Org.) *Reforma do CPC.* São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.) *A tutela dos interesses difusos.* São Paulo: Max Limonad, 1984.

YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela jurisdicional.* São Paulo: Atlas, 1999.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Mandado de segurança coletivo: desenvolvimento processual e conseqüências.* Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2000.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A teoria circular dos planos (direito material e direito processual).* In: MACHADO, Fábio Cardoso e RIZZO AMARAL, Guilherme. *Polêmica sobre a ação – a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p.165-196.

ZAVASCKI, Teori Albino. Antecipação de tutela e colisão de direitos fundamentais. *Ajuris*, Porto Alegre, n. 64, jul. 1995, p. 395-417.

_____. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 20, abr./jun. 1995.

_____. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos.* Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2005.