

FACULDADE DE DIREITO MILTON CAMPOS
Eduardo Bavose

**AÇÃO COLETIVA PASSIVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR**

Nova Lima
2012

Eduardo Bavose

**AÇÃO COLETIVA PASSIVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO
CONSUMIDOR**

Dissertação apresentada no Curso de Pós-Graduação
Stricto Sensu da Faculdade de Direito Milton Campos,
como requisito parcial para obtenção do título de Mestre
em Direito.

Área de concentração: Direito Empresarial

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Adriano Massara Brasileiro

**Nova Lima
2012**

B354 BAVOSE, Eduardo
Ação coletiva passiva no Código de Defesa do Consumidor / Eduardo Bavose. –
Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos / FDMC, 2012.

111 f. enc.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Adriano Massara Brasileiro.

Dissertação (Mestrado) – Dissertação para obtenção do título de Mestre, Área de Concentração Direito Empresarial junto a Faculdade de Direito Milton Campos.

Bibliografia: f. 103-110

1. Direito Processual Coletivo. 2. Ação Coletiva Passiva. 3. Legitimação. I. Brasileiro, Ricardo Adriano Massara. II. Faculdade de Direito Milton Campos. III. Título.

CDU: 347.922.6

Faculdade de Direito Milton Campos
Mestrado em Direito Empresarial

Dissertação intitulada: “Ação coletiva passiva no código de defesa do consumidor”, de autoria do mestrando Eduardo Bavose, para exame da banca constituída pelos seguintes professores:

Prof. Dr. Ricardo Adriano Massara Brasileiro (Orientador – Faculdade Milton Campos)

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Prof. Dr.

Nova Lima, _____ / _____ / _____

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer aos meus pais Eduardo e Madalena, por tudo.

Ao orientador, Professor Doutor Ricardo Adriano Massara, pela disponibilidade.

Aos Professores e amigos Rodolpho Barreto Sampaio Júnior e Daniella Bernucci Paulino, pelo incentivo à pesquisa.

À Professora Rosane Vieira Castro, pela generosidade e pelo apoio de sempre.

À Professora Maria Emília Naves Nunes, que me auxiliou muito no desenvolvimento deste trabalho, pela dedicação, pelos ensinamentos, e material disponibilizado.

À Lilian pelo companheirismo e compreensão nos momentos de ausência.

A todos os amigos que de alguma forma contribuíram para a realização do presente trabalho.

RESUMO

A presente dissertação é resultado de um estudo sobre a ação coletiva passiva, aquela em que o grupo consta no polo passivo da relação processual. Com o surgimento da sociedade de massas, após a metade do século XIX, demandou-se uma nova forma de tutelar os novos direitos surgidos, cujos objetos são denominados direitos coletivos. No direito brasileiro a Ação Popular – Lei 4.717/65, foi a primeira lei criada para salvaguardar os direitos mencionados, depois foram instituídas a Lei da Ação Civil Pública - Lei 7.347/85 e o Código de Defesa do Consumidor - Lei 8.078/90, estas duas últimas formam o chamado microsistema de direitos coletivos. Esse novo gênero de direito necessita de institutos processuais adequados à resolução de conflitos que envolvem direitos coletivos, eis que o Processo Civil clássico não é suficiente para solução desses novos conflitos. Acontece que nas leis criadas não houve previsão expressa para que a coletividade figure como ré no processo coletivo. Diante dessa omissão legislativa introduziu-se a polêmica sobre o seu cabimento no ordenamento jurídico brasileiro. Conclui-se ser possível a aplicação da ação coletiva passiva no Código de Defesa do Consumidor, desde que seja realizada a aferição da representatividade adequada pelo magistrado. Assim, torna-se possível a extensão da coisa julgada a todos os membros da coletividade demandada. Sua viabilidade se justifica pela impossibilidade de limitação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Palavras-chave: Direito Processual Coletivo; Ação Coletiva Passiva; Legitimação.

ABSTRACT

This dissertation is the result of a study on the defendant class action, one in which the group appears on the passive hub regarding procedural. With the emergence of mass society, after the half of the XIX century, it was demanded a new way to protect the new arising rights, whose objects are called collective rights. In the Brazilian law the Popular Action - Law 4.717/65, was the first law created to safeguard the rights mentioned, after was created the Public Civil Action Law - Law 7.347/85 and the Consumer Code - Law 8.078/90, these two latest constitute what is called the microsystem of collective rights. This new genre of procedural law requires institutes adequate for the conflict resolution that are involved in collective rights, behold, the classic Civil Procedure is not sufficient to solve these new conflicts. The problem is that in the laws created it is not expressed the provision for the community to appear as defendant in the class action. Given this legislative omission it was introduced the controversy about the appropriateness in the Brazilian legal system. It is concluded that the possible application of the defendant class action in the Consumer Protection Code, if conducted gauging the adequate representation by the magistrate. Thus, it becomes possible to extend the thing judged to all members of the community demanded. Its viability is justified by the impossibility of limitation of access to justice.

Keywords: Procedural Law Collective, Defendant Class Action; Legitimation.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art. – Artigo

CDC – Código de Defesa do Consumidor

CM-IIDP - Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	O DIREITO PROCESSUAL CIVIL: DO INDIVIDUAL AO COLETIVO.....	12
2.1	Conceito de Direito Processual Civil.....	15
2.2	Princípios processuais à luz da Constituição Federal.....	16
2.2.1	<i>Princípio do devido processo legal.....</i>	19
2.2.2	<i>Princípio da economia processual</i>	21
2.2.3	<i>Princípio da celeridade</i>	22
2.2.4	<i>Princípio do acesso à justiça ou da inafastabilidade da prestação jurisdicional.....</i>	24
2.3	As tutelas diferenciadas e especialização procedimental como mecanismos de acesso à justiça.....	26
2.4	O Direito Processual Coletivo.....	27
2.5	As ações coletivas ativas.....	32
2.5.1	<i>As ações coletivas ativas no direito brasileiro.....</i>	34
3	A DEFESA DO CONSUMIDOR EM JUÍZO.....	40
3.1	A Evolução da proteção ao consumidor.....	42
3.2	Os direitos tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor.....	44
3.2.1	<i>Direitos ou “interesses”?.....</i>	44
3.2.2	<i>Interesses ou direitos difusos.....</i>	49
3.2.3	<i>Interesses ou direitos coletivos em sentido estrito.....</i>	51
3.2.4	<i>Direitos ou interesses individuais homogêneos.....</i>	53
3.3	Legitimidade para agir no processo civil	54
3.4	Legitimidade para agir no processo coletivo.....	59
3.4.1	<i>Legitimidade para agir nas ações coletivas do Código de Defesa do Consumidor....</i>	64
3.5	A coisa julgada.....	69
3.5.1	<i>A coisa julgada no Código de Processo Civil.....</i>	72
3.5.2	<i>A coisa julgada nas ações coletivas do Código de Defesa do Consumidor.....</i>	74
4	AS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS.....	81
4.1	Conceito.....	84
4.2	Espécies e classificação.....	86
4.3	Tese da inadmissibilidade das ações coletivas passivas no Código de Defesa do Consumidor.....	87
4.4	Tese da admissibilidade das ações coletivas passivas no Código de Defesa do Consumidor.....	89
4.5	Em defesa do cabimento das ações coletivas passivas no Código de Defesa do Consumidor.....	91
4.6	As ações coletivas passivas nos projetos de Código de Processo Coletivo.....	97
5	CONCLUSÃO.....	100
6	REFERÊNCIAS.....	102

1 INTRODUÇÃO

Com o surgimento da sociedade de massas, após a metade do século XIX, demandou-se uma nova forma de tutelar os novos direitos surgidos, cujos objetos são denominados direitos coletivos. Isso porque, o modelo concebido no Estado Liberal, em que o indivíduo era o foco das atenções em todos os diplomas legais elaborados neste período, não é adequado para tutelar os novos direitos surgidos, os direitos coletivos.

É neste cenário que surge a Ação Popular – Lei 4.717/65 – que foi o primeiro diploma criado, no direito brasileiro, para salvaguardar os mencionados direitos. Depois foram instituídas a Lei da Ação Civil Pública - Lei 7.347/85 e o Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90 – estas duas últimas formam o que a doutrina chama de microsistema de direitos coletivos.

Esse novo gênero de direito necessita de institutos processuais adequados à resolução de conflitos em que são envolvidos os direitos coletivos, eis que o Processo Civil clássico não é suficiente para solução desses novos conflitos.

Acontece que nos diplomas criados não houve previsão expressa para que a coletividade figure como ré no processo coletivo. Diante dessa omissão legislativa introduziu-se a polêmica sobre o seu cabimento no ordenamento jurídico brasileiro.

O presente estudo volta-se à análise da ação coletiva passiva no Código de Defesa do Consumidor, que é a ação em que a coletividade, ao invés de merecer proteção, é demandada, encontrando-se numa situação coletiva passiva.

O estudo tem por desiderato demonstrar a relevância que possui o instituto da ação coletiva passiva no sistema jurídico brasileiro. Foi investigado o tratamento legislativo dispensado à matéria, bem como a forma pela qual a doutrina e a jurisprudência têm analisado as questões referentes ao instituto.

Para o enfrentamento do tema, foi necessário analisar os seguintes institutos do Direito Processual Coletivo: a representatividade adequada para que a coletividade figure no polo passivo da ação; e os limites subjetivos da coisa julgada.

A viabilidade da adoção da ação coletiva passiva no ordenamento jurídico brasileiro se justifica deve ser analisada à luz da impossibilidade de limitação ao princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional.

2 O DIREITO PROCESSUAL CIVIL: DO INDIVIDUAL AO COLETIVO

Na ciência jurídica o vocábulo "processo" traz a noção de processo judicial, que é a atividade desenvolvida nos tribunais com a finalidade de que seja reconhecida e realizada a ordem jurídica pelo Estado.

No Estado contemporâneo, o processo tem fins de elevada importância para a democracia, devendo ser adequado à tutela dos direitos e aos direitos fundamentais, produzindo uma decisão legítima. (MARINONI, 2007, p. 463).

A ciência processual está em constante transformação, sendo que ao longo da história passou por várias etapas e em cada uma delas foi desenvolvida uma teoria. As principais correntes podem ser assim sintetizadas.

Pothier desenvolveu a teoria do processo como contrato entre os litigantes o qual se firmava com o comparecimento espontâneo das partes em juízo para solução do conflito. Instaurava-se o processo pela *litiscontestatio* (convenção das partes perante o juiz para acatar a decisão proferida), e o juiz seria o árbitro judicial e facultativo, e não órgão jurisdicional monopolizador da jurisdição que independeria de prévia provocação unânime das partes para exarar provimentos. (ALVIM, 2003).

Por sua vez Savigny em 1850 sustentou que o processo era quase um contrato, porque a parte que ingressava em juízo já consentia que a decisão lhe fosse favorável ou desfavorável, ocorrendo um nexo entre o autor e o juiz, ainda que o réu não aderisse espontaneamente ao debate da lide. (LEAL, 2001, p. 92).

Bülow, em 1868, sustentou a autonomia do processo ante o conteúdo de direito material. O processo, para esse jurista, possuía pressupostos de existência e desenvolvimento pela relação juiz, autor e réu, em que, para validade e legítima constituição. Seriam necessários requisitos que estes deveriam cumprir conforme disposto em lei processual. Por sua vez, o direito disputado e alegado pelas partes situava-se em plano posterior à formação do processo, distinguindo-se pela regulação

em norma e direito material, criadora do bem da vida que define a matéria de mérito. (LEAL, 2001, p. 93).

Em 1925 Goldschmidt desenvolveu a teoria do processo como situação jurídica. O autor sustentou que a realização do processo se dava pela atividade jurisdicional em que o provimento final – sentença – definia simplesmente um duelo entre partes, como se fosse um jogo das partes em busca de uma vitória espetacular. A sentença não precisava apontar fundamentos jurídicos para sua elaboração e conclusão. (LEAL, 2001, p. 94).

Guasp, em 1940, elaborou a teoria do processo como instituição. O processo seria um complexo de atos, um método, um modo de ação, unitário, regulado pelo direito para obter um fim, mas ainda se conduzia pelas mãos jurisdicionais dos juízes. Fundo sociológico sem qualquer balizamento jurídico. (LEAL, 2001, p. 96).

Elio Fazzalari desenvolveu a teoria estruturalista do processo. Difundida no Brasil por Aroldo Plínio Gonçalves, o processo nessa concepção é definido pela presença do atendimento do direito ao contraditório entre as partes (que sofrerão os efeitos do provimento), em simétrica paridade, no procedimento que, longe de ser uma sequência de atos exteriorizadores do processo, equivale a uma estrutura técnica construída pelas partes, sob o comando do modelo normativo processual. (LEAL, 2001, p. 96).

Andolina e Vignera elaboraram a teoria constitucionalista do processo que. Segundo essa teoria, o processo, em seus novos contornos teóricos na pós-modernidade, apresenta-se como necessária instituição constitucionalizada, que, pela principiologia constitucional do devido processo, compreende os princípios da reserva legal, da ampla defesa, da isonomia e do contraditório como direito-garantia fundamental. (LEAL, 2001, p. 97).

Diante das teorias abordadas, verifica-se uma mudança de paradigma em meados do século XX, quando se inicia a fase instrumentalista do processo, sendo que até então o mesmo gravitava em torno da ação e, com o início dessa nova fase, a

jurisdição passou a ser seu centro gravitacional, o que demonstra a preocupação não só com o aspecto formal do processo, como era debatido no Estado Liberal, indo além, trazendo alargamento nos horizontes do processo.

Dinamarco sustenta que a instrumentalidade é o terceiro momento metodológico do processo, que viveu um primeiro momento de sincretismo com o direito material, evoluindo para o momento de afirmação da autonomia, culminando com a fase instrumental. (DINAMARCO, 2002)

Sob forte influência desta nova fase do processo surge, então, uma tendência reformista do direito processual, capitaneada, sobretudo, por Capelletti e Garth, que desenvolveram o movimento de “acesso à justiça”.

Capelletti e Garth afirmam que:

O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 13)

Segundo Capelletti e Garth, a primeira onda renovatória do direito processual se deu em 1965, e visava garantir assistência judiciária aos pobres, dissociando-se da limitação do acesso ao judiciário apenas às classes de maior poderio econômico. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 18).

Seguem os referidos autores dizendo que a segunda onda renovatória se deu para conferir representatividade dos interesses difusos em juízo, uma vez que o direito civil, na visão de Capelletti e Garth, não permitia a proteção dos direitos transindividuais.

O processo de cunho individualista não viabilizava a propositura de demandas envolvendo interessados difusos ou coletivos, e uma reformulação do procedimento visando abarcá-lo implicaria em uma reestruturação do processo, conforme se verifica nas palavras dos autores.

Afirmam Capelletti e Garth que:

Embora as pessoas na coletividade tenham razões bastantes para reivindicar um interesse difuso, as barreiras à sua organização podem, ainda assim, evitar que esse interesse seja unificado e expresso. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 27)

Mais adiante aduzem que:

A reivindicação dos novos direitos muitas vezes exige qualificação técnica em áreas não jurídicas, tais como contabilidade, mercadologia, medicina e urbanismo. Em vista disso, o Ministério Público e suas instituições correspondentes, muitas vezes, não dispõem do treinamento e experiência necessários para que sejam eficientes. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 52).

Ao tratar da terceira onda renovatória, Capelletti e Garth miram-se sobre as instituições e os mecanismos, voltam-se, portanto, para a efetividade do processo, onde podem ser visualizados como estruturas fundamentais dessa tendência, a sumarização da tutela (celeridade processual), a simplificação e informalização de procedimentos (acesso à justiça), o alargamento das tutelas coletivas de direito (economia e efetividade processuais) para se adequar aos princípios constitucionais processuais, como será visto abaixo.

2.1 Conceito de Direito Processual Civil

Antes de se abordar os princípios processuais, é importante conceituar este ramo do direito, já que extremamente relevante para a sequência do desenvolvimento da pesquisa.

Santos diz que o Direito Processual é “o ramo da ciência jurídica que cuida do conjunto de normas reguladoras do exercício jurisdicional. Quando a matéria não for de ordem penal, tem-se o direito processual civil.”(SANTOS, 2003, p.1).

Arruda Alvim não destoa muito da conceituação formulada por Fidelis dos Santos. O autor assim define o Direito Processual Civil:

[...] o sistema de princípios e normas que regulam o funcionamento da jurisdição civil, tendo em vista o exercício do direito da ação, que contenha lide civil, e o direito de defesa, bem como a estruturação infraconstitucional dos órgãos do Poder Judiciário e seus auxiliares – exceto o que respeita à organização judiciária – e, ainda, a disciplina de todos os casos de jurisdição voluntária. (ALVIM, 2003, p. 22).

O Estado possui a função de exercer a atividade jurisdicional através de órgãos criados pela estrutura jurídica constitucional e nos limites impostos pela própria Constituição. Segundo assinala Brêtas a função jurisdicional é:

[...] atividade dever do Estado, prestada pelos seus órgãos competentes, indicados no texto da Constituição, somente possível de ser exercida sob petição da parte interessada (direito de ação) e mediante a garantia do devido processo constitucional, ou seja, por meio de processo instaurado e desenvolvido em forma obediente aos princípios e regras constitucionais, dentre os quais avultam o juízo natural, a ampla defesa, o contraditório e fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais, com o objetivo de realizar imperativa e imparcialmente o ordenamento jurídico. (BRÊTAS, 2004, p.84)

Verifica-se, pois, não ser possível construir um conceito hodierno de processo sem observar os ditames constitucionais. Portanto, o Direito Processual Civil pode ser conceituado como instrumento da jurisdição civil, realizada pelo Estado, formado por princípios e normas, cujo propósito é a regulação e interação entre todos os participantes, mormente, juiz e partes litigantes, orientando-se pelo método dialético e pelo Estado Democrático de Direito.

2.2 Princípios processuais à luz da Constituição da República

Preleciona Reale que os princípios jurídicos consistem no fundamento básico do sistema normativo, a “base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber” (REALE, 1991, p. 299).

Em explanação mais pormenorizada, assevera Bandeira de Mello:

Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão

e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão da estrutura mestra [...]. (BANDEIRA DE MELLO, 2006, p. 912-913).

Em posição de vanguarda, Ávila assina que:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e dos efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção. (ÁVILA, 2009, p. 78-79)

Os princípios são, em síntese, o substrato das normas jurídicas, irradiando forte influência em sua formação, interpretação e integração.

No sistema normativo, as normas são gênero do qual as regras e os princípios são espécies, sobrelevando anotar a inviabilidade de sua formação exclusiva por um ou outro.

No primeiro caso, isto é, regras, pretendendo-se prever todas as situações acabar-se-iam por redundar numa eficiência prática limitada. Lado outro, a indeterminação dos princípios poderia ocasionar elevada complexidade do sistema, fazendo-o falível do ponto de vista da segurança jurídica.

Por essa razão apresenta-se o sistema aberto, constituído por regras e princípios, como a forma mais equilibrada na constituição de um sistema jurídico, para que seja possível acompanhar a constante evolução social.

Leciona Alexy (2001, p.248) que tanto as regras quanto os princípios são espécies do gênero normas, porque ambas estabelecem um dever-ser e são formuladas com a ajuda das expressões deónticas (permissão, obrigação e proibição).

Para distingui-los, propõem-se diversos critérios a ser utilizados, como se assentará.

Quanto ao grau de abstração ou generalidade, os princípios são normas com um grau de abstração mais elevado, ao passo que as regras são normas com nível baixo de abstração.

Os princípios têm caráter fundamental no sistema de fontes, pois são normas que têm papel essencial no ordenamento, devido à sua posição hierárquica, ou porque determinam a própria estrutura do sistema jurídico. Ademais, os princípios constituem a base das regras jurídicas.

Acrescenta Dworkin (2002, p. 40) que os princípios apresentam uma dimensão que as regras não têm, é dizer, quando se relacionam a ponto de entrarem em conflito, a solução será adotada a partir da força relativa a cada um no caso concreto.

Ávila (2009, p. 40) critica esses critérios de distinção, os quais resume em critério do caráter hipotético-condicional, do modo final de aplicação, do conflito normativo e do fundamento axiológico.

Propõe o autor outros critérios de distinção entre as mencionadas normas jurídicas, ou, segundo suas próprias palavras, critérios outros de “dissociação”. (ÁVILA, 2009).

O primeiro critério distintivo diz respeito ao modo como as espécies normativas prescrevem o comportamento:

Enquanto *as regras são normas imediatamente descritivas*, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada, *os princípios são normas imediatamente finalísticas*, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos. Os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que característica dianteira das regras é a previsão do comportamento. (ÁVILA, 2009, p. 73).

Apresenta também o critério da natureza da justificação exigida, a teor do qual o intérprete há que ter em mira “uma avaliação de *correspondência* da construção

factual à descrição normativa e à finalidade que lhe dá suporte” (ÁVILA, 2009, p.73), ao passo que os princípios reclamam conexão “entre os efeitos da conduta a ser adotada e a realização gradual do estado de coisa exigido” (ÁVILA, 2009, 74-75).

Ávila conclui diferenciando as normas jurídicas através da intensidade de contribuição para a decisão, vale dizer, as regras são normas “preliminarmente decisivas e abarcantes” (ÁVILA, 2009, p. 76), conferindo uma específica solução para a decisão a ser adotada. Já os princípios consistem em normas “com pretensão de complementaridade e de parcialidade” (ÁVILA, 2009, p. 76), limitando-se a contribuir para a tomada da decisão, o que será feito ladeado de razões outras.

De toda sorte e sem adentrar no acerto das diferentes posições doutrinárias abordadas, pode-se registrar que os princípios são normas compatíveis com vários graus de concretização, segundo os parâmetros fáticos e jurídicos, enquanto que as regras impõem, permitem ou proíbem uma conduta específica, de forma imperativa, que é ou não cumprida.

No caso de conflito, os princípios podem ser harmonizados na casuística, devendo ser levado em consideração seu valor em relação a outros princípios, ao passo que as regras, em tendo validade, devem ser aplicadas exatamente como prescritas, pois não permitem ponderações. Se não estão corretas, impõe-se sua alteração. Isso demonstra que a convivência dos princípios é conflitual – coexistem –, enquanto a das regras é antinômica – excluem-se. (CANOTILHO, 1998, p. 1135).

Verificada a noção de princípios, bem como realizadas as diferenciações entre princípios e regras, em seguida será realizada uma análise dos princípios processuais previstos na Constituição da República.

2.2.1 Princípio do devido processo legal

Segundo João Gualberto Garcez Ramos (2007) o princípio do devido processo legal origina-se na Inglaterra, na Carta Magna de 1215, ano em que os barões ingleses exigiram do rei João I o respeito às leis da terra:

Fazem com que ele se comprometa que “nenhum homem livre será molestado, ou aprisionado, ou despojado, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo aniquilado, nem nós iremos contra ele, nem permitiremos que alguém o faça, exceto pelo julgamento legal de seus pares ou pelo Direito da terra”.

O uso da expressão “devido processo legal” (*due process of the law*), ocorre pela primeira vez em 1354, quando o rei Eduardo III, seguindo a velha tradição, confirma as leis da terra e, entre elas, a Magna Carta das Liberdades. O texto de Eduardo III dispõe que “que nenhum homem de qualquer estado ou condição que ele seja, possa ser posto fora da terra ou da posse, ou molestado, ou aprisionado, ou deserdado, ou condenado à morte, sem ser antes levado a responder a um devido processo legal”. (RAMOS, 2007)

O direito ao *devido processo legal* previsto no ordenamento jurídico brasileiro (Art. 5º, inciso LV da CF/88), é o fundamento do Estado Democrático de Direito. Em termos processuais, significa que as regras são previamente estabelecidas em lei, e as partes têm direito à sua fiel observância, visto que do contrário não há segurança jurídica.

O devido processo legal, portanto, é princípio fundamental e informativo do Processo Civil. O princípio em comento garante a todo cidadão o acesso à justiça, e que esse acesso se dê conforme regras previamente estabelecidas.

Sobre a importância deste princípio constitucional, Rui Portanova assevera que:

O princípio é tão amplo e tão significativo que legitima a jurisdição e se confunde com o próprio Estado de Direito. Assim, aplica-se tanto na jurisdição civil e na penal como nos procedimentos administrativos. Ademais, engloba reivindicação de direitos (inclusive de declarar a inconstitucionalidade de lei), a eficaz defesa e a produção de provas. No devido processo legal estão enfeixadas garantias representadas principalmente pelos princípios do contraditório, da ampla defesa, duplo grau, publicidade, juiz natural, assistência judiciária gratuita. (PORTANOVA, 1997, p.146)

Em explicação ao princípio do devido processo legal Brêtas e Nepomuceno expõem que:

O devido processo legal deve ser entendido como um bloco aglutinante e compacto de vários direitos e garantias fundamentais inafastáveis ostendidos pelas partes litigantes contra o Estado, quais sejam: a) direito de amplo acesso à jurisdição, b) garantia do juízo natural, c) garantia do contraditório, d) garantia da ampla defesa (incluído direito ao advogado), e) garantia da fundamentação racional das decisões jurisdicionais e f) garantia de um processo sem dilações indevidas. (BRÊTAS DE CARVALHO DIAS; NEPOMUCENO, 2007, p.229)

Sobre a aplicabilidade do princípio do princípio estudado no direito processual coletivo, Almeida afirma que:

[...] o devido processo legal impõe a observância na tutela jurisdicional coletiva comum das regras fundamentais sobre *direito processual coletivo comum* previstas no CDC e na LACP, as quais, em decorrência da perfeita interação existente entre elas, constituem hoje um microsistema integrado de normas básicas sobre o *direito processual coletivo comum* (art. 21 da LACP e art. 90 do CDC). (ALMEIDA, 2003, p. 569).

O autor conclui dizendo no caso de não serem observadas as regras contidas no microsistema processual coletivo e sejam aplicadas as regras do processo civil clássico, poderá acarretar em nulidade absoluta do processo coletivo por violação ao princípio do devido processo legal. (ALMEIDA, 2003, p.569).

2.3.2 Princípio da economia processual

O princípio da economia processual consiste na necessidade de se alcançar um processo mais rápido, com a menor onerosidade possível, seja para os cofres públicos, seja com a implementação de técnicas que visam a diminuição do tempo de tramitação dos processos, ou ainda na exclusão de incidentes processuais desnecessários, tudo no intuito de conferir a eficaz prestação jurisdicional.

Cretella Neto, discorrendo sobre o princípio da economia processual, assina que:

Entende-se facilmente, portanto, a existência do princípio da economia processual, que é aquele que obriga a que o Poder Judiciário faça atuar o direito com maior eficácia e rapidez, mediante o emprego do mais reduzido

número possível de atividades processuais. O processo fica abreviado mediante a reunião de toda a atividade processual na menor quantidade de atos, evitando-se, por conseguinte, a dispersão da atividade jurisdicional. (CRETELLA NETO, 2002, p.199)

Gidi, ao tratar do aludido princípio no direito processual americano, em análise à *class action* estadunidense, aduz que:

A economia e a eficiência processual são valores constantes do direito processual civil americano e não instrumentos meramente retóricos da doutrina. Na *Rule 1* das *Federal Rules of Civil Procedure* está previsto que “estas normas devem ser interpretadas e aplicadas para proporcionar a justa, rápida e econômica solução de cada controvérsia”.

O objetivo mais imediato das ações coletivas é o de proporcionar eficiência e economia processual, ao permitir que uma multiplicidade de ações individuais repetitivas em tutela de uma mesma controvérsia seja substituída por uma única ação coletiva.

As ações coletivas promovem economia de tempo e dinheiro não somente para o grupo-autor, como também para o judiciário e para o réu. Para o grupo-autor, a economia proporcionada pela tutela coletiva é manifesta. Afinal, tanto o custo absoluto de litigar a controvérsia coletiva é reduzido à despesa de uma única ação, como tais despesa poder ser rateadas proporcionalmente entre os membros.

A possibilidade de julgar em um único processo uma controvérsia complexa envolvendo inúmeras pessoas, por outro lado, representa uma notável economia para o Judiciário, que se desembaraça de uma grande quantidade de processos repetitivos. (GIDI, 2007, p. 25-26)

Pode ser aplicado o mesmo entendimento acima à tutela coletiva dos direitos ou interesses, sejam eles difusos, coletivos em sentido estrito ou individuais homogêneos.

2.2.3 Princípio da celeridade

A morosidade da justiça é tema que sempre está em discussão para os operadores do direito, doutrinadores e também para os profissionais de outras áreas.

É lugar comum colocar a culpa da morosidade judicial na falta de instrumentos ágeis para o entrega da prestação jurisdicional, porém críticas não faltam a esse tipo de entendimento.

Assinala Portanova que: “É indispensável que se diga logo que ainda não se logrou pôr em prática um sistema processual efetivamente econômico e pleno que desse resposta adequada à pressa de nosso tempo”. (PORTANOVA, 1997, p. 172)

Pondera o autor que a demora representa um ônus para aquele que busca através do processo a solução de um litígio. Isso porque não conseguiu preveni-lo, ou não conseguiu resolvê-lo sem a interferência do Estado-juiz. Por isso, as partes, em virtude de sua ineficiência de lidar com os próprios problemas, hão de suportar a demora em sua solução, posto que, não obstante o fato de não necessitar de tanta morosidade, devem ser respeitados os princípios encontrados em toda democracia. (PORTANOVA, 1997, p. 173)

É de se concluir, portanto, que justiça não é justa apenas por ser rápida.

O princípio da celeridade processual foi alçado ao *status*, previsto no rol dos direitos fundamentais da Constituição da República de 1988, introduzido na Carta Maior pela Emenda à Constituição nº. 45, de 8 de dezembro de 2004.

Salienta-se que, mesmo antes do advento da referida Emenda Constitucional, o princípio da celeridade processual já vigorava no ordenamento jurídico pátrio, por força dos tratados de direitos humanos de que o Brasil é signatário, por exemplo, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto de São José da Costa Rica ou Convenção Americana de Direitos Humanos, ambos ratificados pelo Brasil em 1992.

O primeiro – Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos – no que diz respeito ao princípio em apreço, estabelece, entre outras, a garantia mínima, no processo penal, de que toda pessoa acusada tem o direito a ser julgada sem dilações indevidas. O segundo – Pacto de São José da Costa Rica ou Convenção Americana de Direitos Humanos – dispõe que toda pessoa tem o direito de ser ouvida dentro de um prazo razoável.

Sem dúvida alguma que o Direito Processual Coletivo age de forma a efetivar o princípio da celeridade, pois visa o processo coletivo a defesa de direitos ou interesses

difusos, coletivos ou individuais homogêneos, o que obviamente corresponde aos anseios pela busca dos trâmites mais céleres.

Outra vantagem do processo coletivo é a maior segurança jurídica que ele proporciona, visto que evita que sejam prolatadas decisões conflitantes e possibilita que uma única sentença pode ser executada por uma pluralidade de pessoas.

2.2.4 Princípio do acesso à justiça ou da inafastabilidade da prestação jurisdicional

O princípio do acesso à justiça, também conhecido como princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, pode ser visto também como princípio do direito de ação.

O acesso à justiça está positivado na Constituição da República de 1988 e é um direito fundamental, estando previsto no inciso XXXV do art. 5º, o qual prescreve que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito."

É natural que seja desta forma, pois, a partir do momento em que o monopólio da jurisdição é avocado pelo Estado, não sendo mais possível a "justiça pelas próprias mãos", este tem o dever e a obrigação de prestar a jurisdição, não podendo se afastar de tal incumbência.

Contudo, não quer dizer que trata-se de um direito meramente formal e abstrato, o direito de simplesmente propor ação em juízo. Oliveira sustenta que:

[...] o Acesso à Justiça deve ser requer um processo justo, à luz de uma Justiça imparcial, que permita não apenas a participação igualitária das partes, independentemente das diferentes posições sociais, mas, sobretudo, a efetiva realização de direitos.

Nesse contexto, no que concerne aos objetivos fundamentais da República, insta salientar que o Acesso à Justiça contribui sobremaneira, para a inclusão social e, portanto, para a redução de desigualdades sócio-econômicas.

Portanto, o acesso à ordem jurídica justa é, antes de tudo, uma questão de cidadania. Por esta razão, a justiça deve ser pensada sob o ponto de vista dos consumidores da prestação jurisdicional. (OLIVEIRA, 2008, p. 79-80)

No mesmo sentido, Watanabe leciona:

[...] o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no art. 5º, XXXV da CF, não assegura, apenas, o acesso formal aos órgãos judiciários, mas sim o acesso à justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa [...] (WATANABE, 1996, p.20).

E segue o autor dizendo que para alcançar a ordem jurídica justa é necessária a observância de dados elementares:

a) o direito à informação; b) adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do país; c) direito a uma justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; d) direito a preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a efetiva tutela de direitos; e) direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à justiça com tais características (WATANABE, 1996, p.20)

Inferi-se, portanto, com base nas lições acima, que o processo efetivo é aquele que não apenas reconhece um direito material, mas também o que proporciona ao seu titular o exercício do direito reconhecido em juízo em um tempo razoável. Dessa feita, não resolve o Estado-juiz dizer o direito com rapidez e justiça, se não transforma esse pronunciamento em um bem da vida.

Nesse mesmo sentido Zavascki anota que:

O direito fundamental à efetividade do processo – que se denomina também genericamente, de acesso à justiça, o direito à ordem jurídica justa – compreende em suma, não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas também e principalmente o de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar eficazmente no plano dos fatos. (ZAVASCKI, 2005, p. 65)

Percebe-se diante na letra da lei e no entendimento doutrinário que, com base no mencionado princípio, o jurisdicionado tem o direito de ver seu pedido apreciado pelo Poder Judiciário, seja o pedido urgente ou não, bastando que tenha havido lesão ou ameaça de direito, além dessa decisão ter que se dar em um prazo razoável. É preciso apenas o perigo da concretização da lesão para que nasça o direito do

jurisdicionado de ver apreciado seu pedido. Com isso a Constituição da República aumentou sobremaneira o alcance do direito ao acesso à justiça.

Nery Junior, discorrendo sobre a importância do princípio da inafastabilidade, menciona um exemplo em que, mesmo não havendo lei prevendo a possibilidade de se deferir uma medida liminar em um caso concreto, o magistrado tem o dever de conceder tal medida, caso ela seja necessária como tutela jurisdicional, pois tem por escopo atender ao princípio constitucional. (NERY JÚNIOR, 2007).

2.4 As tutelas diferenciadas e especialização procedimental como mecanismos de acesso à justiça

Baptista da Silva anota que as tutelas diferenciadas passaram por três fases. A primeira veio influenciada pelo racionalismo da época, em que os sistemas desprezavam os juízos de verossimilhança e, por via de consequência, qualquer forma de tutela de urgência. Num segundo momento, com base na doutrina de Calamandrei e Chiovenda, o direito processual passou a admitir a tutela de urgência para situações em que o direito material se achava em risco de dano iminente. E na terceira fase foram redescobertas formas sumárias de se obter a tutela jurisdicional, com um claro abandono da uniformidade de ritos imposta pelo procedimento ordinário. (BAPTISTA DA SILVA, 2005, p. 9-12).

Contudo, não significa dizer que é um retorno às *actiones* romanas, em que não existia um sistema de direitos, e sim um sistema de ações, somente tinha direito aquele que tinha uma *actio*. No sistema das *actiones* não era visto um procedimento padronizado, cada ação tinha seu procedimento próprio. (NORONHA, 1995, p.57-75).

Marinoni, em referência à Andrea Proto Pisani, salienta que a doutrina equivocou-se ao denominar “tutela” diferenciada o que deveria chamar

“procedimentos” jurisdicionais diferenciados. Esclarecendo o equívoco o autor preleciona que:

Antes de tudo corrija-se a impropriedade de se falar em tutelas jurisdicionais diferenciadas no lugar de procedimentos (ou técnicas) jurisdicionais diferenciados, uma vez que, conforme já amplamente demonstrado, a tutela é o resultado, no plano jurídico-substancial, proporcionado pelo procedimento. A necessidade de “tutelas diferenciadas aos direitos” é que demonstrou a insuficiência de um único “procedimento” para a “tutela” do direitos, e, assim, a necessidade de “procedimentos diferenciados”. (MARINONI, 2007, p. 437).

O autor entende que a ideia dos procedimentos jurisdicionais diferenciados é utópica, uma vez que um procedimento jamais bastará para atender às peculiaridades de um caso concreto, já que “toda situação de direito material é particularizada no caso concreto.” (MARINONI, 2007, p. 437).

Brasileiro, em estudo realizado sobre a especialização procedimental, sob o prisma da efetividade, nesse trabalho o autor aborda também o rito ordinário reformado, e conclui afirmando que é tarefa da doutrina verificar se as disposições dos procedimentos especiais “são ainda compatíveis com o propósito de melhor atendimento do direito material, ou se este último direito seria melhor satisfeito pela utilização do rito ordinário reformado.” (BRASILEIRO, 2008, p. 3094).

Fato é que a utilização desses novos procedimentos tem como objetivo buscar alternativas ao procedimento ordinário de cognição exauriente, sabidamente lento e inefetivo e por meio dos novos procedimentos se obtém uma distribuição de tempo da Justiça mais eficaz, de modo que aquele que não tem razão sofra as consequências do processo em menos tempo, e aquele que tem razão as sofra com menor intensidade. (MARINONI, 2000).

2.4 O Direito Processual Coletivo

Conforme exposto acima, o processo contemporâneo deve ser observado sob o enfoque do Estado Democrático de Direito, nesse diapasão, destaca Maciel que o

processo coletivo exige, inicialmente, o rompimento com os institutos característicos do processo civil individual "e que não podem ser aprisionados em seus estreitos âmbitos de aplicação". (MACIEL JÚNIOR, 2006, p. 182).

Mancuso aponta que, para se compreender o que seja um processo coletivo, devem-se observar dois aspectos: primeiro deve ser considerada sua “face negativa”, de modo a permitir o “descarte de casos pseudo-coletivos”, ou seja, o agrupamento de direitos individuais, sem, contudo, haver um elemento comum para que seja possível a união destes direitos; depois o processo coletivo deve ser focado em sua “face positiva, reconhecendo-se uma ação como coletiva quando constatado que uma certa faixa do universo coletivo sofrerá os efeitos do comando sentencial, indistintamente”. (MANCUSO, 2006, p.61)

Leonel, na tentativa de definir o direito processual coletivo, afirma que o processo coletivo formula conceito baseado na teoria instrumentalista do processo, buscando, todavia, diferenciá-lo do processo civil clássico, cuja natureza é individual:

[...] conjunto de normas e princípios que regem o equacionamento dos conflitos envolvendo direitos ou interesses coletivos em sentido amplo, embasada na teoria instrumentalista do processo, pois o processo coletivo é instrumento destinado a ‘tornar acessível a justiça para aquelas situações em que ocorram ameaças ou lesões a interesses e direitos que pelos métodos tradicionais do processo de cunho clássico ou individual não seriam tuteláveis’. (LEONEL, 2002, p. 17-22).

Almeida, por sua vez, estabelece a natureza que possui o direito processual coletivo, dizendo que ele seria um ramo do direito processual, mas que é dotado de “natureza de direito processual-constitucional-social”, o autor define da seguinte forma esse ramo do direito processual:

[...] o ramo do direito processual que possui natureza de direito processual-constitucional-social, cujo conjunto de normas e princípios a ele pertinente visa disciplinar a ação coletiva, o processo coletivo, a jurisdição coletiva, a defesa no processo coletivo e a coisa julgada coletiva, de forma a tutelar, no plano abstrato, a congruência do ordenamento jurídico em relação à Constituição e, no plano concreto, pretensões coletivas em sentido lato, decorrentes dos conflitos coletivos ocorridos no dia-a-dia da conflituosidade social. (ALMEIDA, 2003, p. 22.)

Zavascki em sua definição do que seja o direito processual coletivo traz um conceito não muito diferente dos demais autores que citamos acima, porém acrescenta que esse ramo do direito processual possui instrumentos próprios para sua tutela, tais como ação civil coletiva, ação de controle de constitucionalidade. O autor define desta forma o direito processual coletivo:

[...] um subsistema do processo civil brasileiro, com objetivos próprios (=tutela de direitos coletivos e a tutela coletiva de direitos), que são alcançados à base de instrumentos próprios (ações civis coletivas, ações civis públicas, ações de controle concentrado de constitucionalidade, em suas várias modalidades), fundados em princípios e regras próprios, o que confere ao processo coletivo uma identidade bem definida no cenário processual. (ZAVASCKI, 2006, p. 27-28.)

Os autores são convergentes acerca da definição do que seja o direito processual coletivo, já que é uníssono o fato de esse ramo do direito processual possuir princípios e regras próprios, para solução de conflitos coletivos.

Não existe no sistema jurídico brasileiro um padrão de normatização que seja aplicável a todas as ações coletivas, ou seja, não existe ainda um Código de Processo Coletivo, ou até mesmo uma Consolidação das normas já existentes sobre o assunto.

Conforme mencionado na parte final do item 2.2.1, o Código de Defesa do Consumidor, juntamente com a Lei de Ação Civil Pública, passaram a servir como um verdadeiro microssistema de direito processual coletivo, por possuir princípios e regras próprios, diferenciados da tutela individual.

Sobre a especialidade do Código de Defesa do Consumidor para tratar de questões processuais e direitos metaindividuais, Gidi ensina que:

Em outras palavras, não somente o micro-sistema da coisa julgada, mas toda a parte processual coletiva do CDC, fica sendo, a partir da entrada em vigor do Código, o ordenamento processual civil coletivo de caráter geral, devendo ser aplicado a todas as ações coletivas em defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Seria, por assim dizer, um Código de Processo Civil Coletivo. [...] o Título III do CDC combinado com a LACP fará às vezes do Código Coletivo, como ordenamento processual geral. (GIDI, 1995, p. 77-83)

Diferentemente dos Códigos nacionais, fortemente influenciados pela era da codificação europeia, de caráter notadamente individualista, devido aos ideais liberais e iluministas, a sociedade de massa trouxe consigo necessidades peculiares, sobretudo a superação de qualquer codificação rígida e abrangente, no sentido de regular tudo o que nela for tratado. Essa nova sociedade – de massas – trouxe também a necessidade um novo sistema processual, rompendo com o tradicional modelo individualista.

Não é por acaso que a sistemática adotada pelo processo coletivo representa a chamada era da descodificação, com o surgimento de várias leis esparsas tratando da tutela coletiva de direitos, sem pretender exaurir o tema, reconhecendo, assim, ser impossível a regulamentação de todo objeto em uma única lei. (MAZZEI, 2006, p. 412).

Com a certeza da importância dos microsistemas para o direito privado, tema que desperta o interesse de grandes juristas a respeito, o papel em destaque há de ser dado também no direito processual civil, quanto à possibilidade da formação de sistema especial concernente à tutela coletiva. Aferindo-se pois a existência do microsistema coletivo, que cuidará, com regras e princípios próprios, processualmente da tutela de massa à margem do Código de Processo Civil, pelo caráter individual deste [...] (MAZZEI, 2006, p. 413)

O processo coletivo possui seus próprios princípios, que lhe conferem uma interpretação aberta, ou seja, normas interpretáveis, com área de manobra, ao contrário do sistema de códigos, cuja característica é serem fechados, em virtude da chamada completude.

Desta forma, por possuir lógica e princípios próprios, a aplicação do Código do Processo Civil é possível apenas de maneira residual, portanto, somente quando houver omissão em alguma das leis que compõem o microsistema e apenas quando não for de encontro aos seus sentidos e princípios.

Na mesma linha, Almeida e Mello Neto, ao sustentarem que a aplicação subsidiária somente se torna possível quando não fere as disposições das leis do microsistema e quando não impedir nem ameaçar a devida efetividade do processo

coletivo, segundo a “exigibilidade de compatibilidade necessária para aplicação subsidiária do CPC no direito processual coletivo comum”. (ALMEIDA; MELLO NETO, 2011, p. 92).

Diante dessa nova sistemática e para confirmar a aplicação apenas residual do Código de Processo Civil nas ações coletivas, interessante anotar é a solução que Didier Junior e Zaneti Junior apresentam para resolver um problema de processo coletivo, em uma ação civil pública, lecionam os autores que deve ser percorrido o seguinte caminho:

a) buscar a solução no diploma específico da ACP (Lei Federal nº 7.347/198). Não sendo localizada esta solução ou sendo insatisfatória: b) buscar a solução no Tít. III do CDC (Código Brasileiro de Processos Coletivos). Não existindo solução para o problema: c) buscar nos demais diplomas que tratam sobre processos coletivos identificar a *ratio* do processo coletivo para melhor resolver a questão.

[...]

Nesta conformação de idéias, temos o CPC como mero diploma residual, seu efeito sobre o processo coletivo deve ser sempre reduzido, evitando disciplinar as demandas coletivas com institutos desenvolvidos para os processos individuais. (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2010, p. 52-53).

Essa denominação de um microsistema processual coletivo não é verificada apenas na doutrina processual, já fora reconhecida também no âmbito dos tribunais, sendo reconhecido expressamente pelo Superior Tribunal de Justiça, em acórdão relatado pelo ministro Arnaldo Esteves Lima, assim ementado:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. JUNTADA DE DOCUMENTOS. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DA PARTE CONTRÁRIA. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MICROSSISTEMA DE TUTELA COLETIVA. ARTS. 19 DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ART. 90 DO CDC. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 326 E 398 DO CPC. DIES A QUO DO PRAZO PRESCRICIONAL. DATA EM QUE O FATO SE TORNA CONHECIDO PARA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. ART. 23, II, DA LEI 8.429/90. FATO ILÍCITO. PRAZO. 5 ANOS. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO.

[...]

2. Os arts. 21 da Lei da Ação Civil Pública e 90 do CDC, como normas de envio, possibilitaram o surgimento do denominado Microsistema ou Minissistema de proteção dos interesses ou direitos coletivos amplo. (REsp

1098669/GO, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/11/2010, DJE 12/11/2010)¹

O legislador disciplinou as hipóteses em que a coletividade possa litigar no polo ativo da demanda, não disciplinando, contudo, as hipóteses em que essa dita coletividade deveria figurar em seu polo passivo.

É de se esperar que haja mesmo uma prevalência da tutela coletiva ativa, que se dá historicamente, conforme explica Maia:

A ação coletiva passiva, como era de se esperar, não se desenvolveu com a mesma intensidade do processo coletivo em geral. A ótica prevalente era a da proteção dos direitos metaindividuais. A visão da coletividade como vítima arrefeceu qualquer tentativa de desenvolver a ação contra a classe, de forma que o estudo do processo sob o vértice da lesão ou ameaça a interesses e direitos das coletividades levou ao natural posicionamento do grupo no polo ativo da demanda. Essa é a explicação histórica da inércia do desenvolvimento da ação contra a coletividade organizada no sistema processual romano-germânico. (MAIA, 2009, p.29)

Entretanto, restringir a tutela coletiva dos direitos ou interesses apenas quando a coletividade for vítima do evento poderá restringir uma grande parte da efetividade a ser alcançada pela jurisdição coletiva.

A presente pesquisa trata justamente da verificação da possibilidade de a coletividade, ao invés de merecer a proteção por parte do Estado, figurar no polo passivo da ação, eis que violadora coletiva de um direito. A este tipo de ação dá-se o nome de ação coletiva passiva. Este instituto será analisado em capítulo específico, onde serão expostos os argumentos favoráveis e contrários à sua utilização no ordenamento jurídico brasileiro.

2.5 As ações coletivas ativas

As ações coletivas têm origem remota, não podendo, pois, traduzir-se em apenas um fato concreto, sendo certo que seu surgimento se deu pelo aparecimento

¹ RESP 1098669/GO, 1ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 04.11.2010, DJE 12/11/2010).

gradativo de demandas que extrapolavam o âmbito jurídico individual. Contudo, boa parte da doutrina sustenta que os romanos traçaram as primeiras linhas atinentes aos direitos difusos por intermédio das *actiones populares*. Essas ações eram de natureza privada², uma vez que somente as ações penais poderiam ser consideradas públicas, que tinham por objetivo a tutela do povo, e representavam o direito de um membro de uma comunidade, ou seja, o particular exercia o direito de ação no interesse do povo, contudo, em seu próprio nome.

Ramos (1991, p. 116-119) anota que no Direito Romano já existia a ação popular para tutelar interesses comunitários. O autor cita os interditos, que visavam evitar a obstrução de caminhos, e a ação pretoriana de *effusis et deiectis*, que objetivava a imposição da pena de multa a quem jogasse objetos sobre a via pública.

Em entendimento diverso Stephen Yeazell, citado por Mendes (2002), afirma que o primeiro caso de ação coletiva se deu por volta do ano de 1.199 na Inglaterra. Porém essas ações só se tornaram possíveis a partir do *bill of peace* do direito inglês³, que possibilitou a existência de ações representativas, desde que o interesse fosse comum entre os envolvidos e um ou mais membros do grupo poderia(m) representar em juízo o interesse de todos os demais.

Conforme verificado, a doutrina não é pacífica no que diz respeito à origem remota do direito processual coletivo, contudo, seja a origem romana ou inglesa, fato é que os autores convergem no sentido de que Revolução Industrial do século XVIII constitui-se como marco da ascensão das massas, decorrente dos movimentos sociais conflituos, o que culminou na necessidade de tratamento diferenciado dos interesses de massas, de modo a reclamar a sua tutela coletiva.

A partir da segunda metade do século XX, novamente são trazidos a lume indagações referentes à defesa dos chamados interesses coletivos e difusos, o que

² Neste sentido Nelson Nery Junior ao dizer que “as *actiones populares* do direito romano, previstas no Digesto 47, 23, 1, eram essencialmente privadas e destinavam-se à proteção dos interesses da sociedade.” (NERY JUNIOR, Nelson. Ação civil pública no processo do trabalho. In: MILARÉ, Edis (coord.) Ação civil pública: lei 7.347/1985 – 15 anos, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 601)

³ Adotam esse posicionamento, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Ações Coletivas no direito comparado e nacional, RT, 2002; ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo – tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

implica a necessidade de readequação de alguns conceitos característicos do processo individualista, para o enfrentamento de conflitos que envolvem um dos polos, grupo ou categoria de pessoas organizadas, ou mesmo número indeterminado de pessoas não organizadas.

Mazzili afirma que esses direitos não são novos, mas que a lei e a doutrina não davam muita atenção a ele. O autor afirma que:

[...] interesses coletivos e difusos e individuais homogêneos sempre existiram; não são novidades de algumas poucas épocas. Nos últimos anos apenas se acentuou a preocupação doutrinária e legislativa em identificá-los e protegê-los jurisdicionalmente agora sob o processo coletivo. (MAZZILI, 2004, p. 58)

Cappelletti e Garth, analisando a necessidade de revisitação dos conceitos alusivos à legitimidade de atuação nas ações coletivas ao contraditório e à coisa julgada, dizem que:

O processo era visto como um assunto entre as partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 49-50).

A tutela coletiva tem como fundamentos estimular as demandas de massa, face a nova postura da sociedade frente às lesões a direitos; reduzir os custos da prestação jurisdicional; uniformizar os julgados, evitando-se com isso decisões contraditórias, conferindo, por consequência, maior credibilidade à justiça; e também a defesa do interesse público.

2.5.1 As ações coletivas ativas no direito brasileiro

No Brasil a tutela coletiva de direitos ou interesses teve surgimento, ainda que de forma incipiente, na segunda metade do século XX, com a Lei 4.717/65, que regula

a Ação Popular. Almeida (2003) cita que a referida lei teve seu embrião no art. 113, inciso 38, da Constituição de 1934, *verbis*:

Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

38 Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a declaração de nulidade ou anulação dos atos lesivos ao patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios.

Tal dispositivo foi suprimido na Constituição de 1937 e reintroduzido na Constituição de 1946.

Já, em 1977, a Lei 6.513/77 implementou modificação substantiva no artigo 1º, da Lei da Ação Popular, pois passou a considerar como patrimônio público “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico”. Com isso tornou-se possível a tutela de tais interesses por via difusa, pela ação popular.

Foi, entretanto, a Lei 7.347/85 que impôs as mudanças mais significativas ao tratamento processual dado aos chamados direitos e interesses difusos e coletivos, podendo ser chamada de um verdadeiro divisor de águas no que tange ao direito processual coletivo.

A Lei 7.347/85, conhecida como Lei da Ação Civil Pública, inovou, na medida em que, anteriormente, afora a lei da ação popular, as demais viabilizavam apenas a tutela dos direitos subjetivos individuais.

A doutrina moderna sustenta a impropriedade do termo *Ação Civil Pública* utilizada pelo legislador, apesar de a Lei 7.347/85 ter sido um verdadeiro marco em prol das ações coletivas. Grinover, sobre a impropriedade do termo, diz que o melhor seria a adoção do termo *Ação Coletiva*:

[...] o texto legal fala impropriamente em ‘ação civil pública’. Impropriamente, porque nem a titularidade da ação é deferida exclusivamente a órgãos públicos (Ministério Público, União, Estados e Municípios), nem objeto do processo a tutela do interesse público [...] Prefere-se, no trabalho, a denominação ‘ações coletivas’, por atender à legitimação para a causa (também atribuída, pela lei, às formações sociais) e

aos bens protegidos (interesses de dimensão coletiva). (GRINOVER, 1985, p.113)

Fato é que o termo *Ação Civil Pública* foi o que foi adotado, tanto em grande parte da doutrina e jurisprudência, como na Constituição da República de 1988 (art.129, III)⁴.

Preleciona Almeida que, quando se trata de tutela jurisdicional coletiva, a doutrina estabelece dois momentos:

[...] um, de existência anterior à ação civil pública, em que não havia, salvo a Lei de Ação Popular e outras leis esparsas, formas de tutela dos direito de massa; e outro, surgido com o advento da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), que, revolucionando o campo do direito processual, operacionalizou verdadeira transformação do instituto da legitimidade para agir e possibilitou que determinadas entidades sociais (como sociedades civis, sindicatos, etc.) pudessem comparecer em juízo para a defesa de alguns dos principais direito ou interesses coletivos. (ALMEIDA, 2003, p. 333-334)

O objetivo da Lei 7.347/85 foi o de possibilitar a responsabilização dos danos causados ao meio ambiente, consumidor, e aos bens e direitos de valor artístico, histórico, turístico e paisagístico. Mancuso sustenta que:

[...] a ação da Lei 7.347/85 objetiva a tutela dos interesses mataindividuais, de início compreensivos dos ‘direitos’ difusos e dos ‘coletivos em sentido estrito’, aos quais na sequência se agregaram os individuais homogêneos’ (Lei 8.078/90, art. 81, III, c/c os arts. 83 e 117) (MANCUSO, 2001, p.21).

Mazzili preleciona o seguinte conceito para o instituto estudado:

Ação civil pública ou ação coletiva significa, portanto, a ação proposta pelo Ministério Público ou pelos demais legitimados ativos do art. 5º da Lei n. 7.347/85, bem como a proposta pelos sindicatos, associações de classe e outras entidades legitimadas na esfera constitucional, desde que seu objeto seja a tutela de interesses difusos ou coletivos (isto é, agora um enfoque subjetivo-objetivo, baseado na titularidade ativa e no objeto específico da prestação jurisdicional pretendida na esfera cível).” (MAZZILLI, 2004, p.32).

⁴ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: III promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

A Ação Civil Pública previu a defesa dos interesses transindividuais por intermédio de princípios e regras que rompiam a estrutura individualista do processo civil brasileiro e acabaram por influenciar no Código de Processo Civil. Assim ocorreu, por exemplo, com as obrigações de fazer e não fazer.

Em 1988, com a Constituição da República, houve a consagração da tutela material de diversos direitos de natureza transindividual, valendo destacar os seguintes: o direito ao meio ambiente (art. 225⁵); à manutenção do patrimônio cultural (art. 216⁶); à preservação da probidade administrativa (art. 37, § 4º⁷); à proteção do consumidor (art. 5º, XXXII⁸); previu o mandado de segurança coletivo (art. 5º, inciso LXX⁹); conferiu *status* constitucional à ação civil pública, conferindo ao Ministério Público legitimação para promover inquéritos civis e ações públicas objetivando a tutela de qualquer espécie de direitos e interesses difusos e coletivos (art. 129, inciso III¹⁰).

Com o advento da Carta Magna de 1998, houve mudanças também em termos processuais, é o que se verifica com a ampliação do rol de legitimados para propor

⁵ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

⁶ Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

⁷ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

⁸ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado;

⁹ LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;

¹⁰ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

ação popular (art. 5º, LXXIII¹¹), e contemplou direitos transindividuais (moralidade administrativa, meio ambiente, patrimônio histórico e cultural),

Verifica-se, ainda, que o constituinte não se limitou ao regime do litisconsórcio facultativo do Código de Processo Civil (art. 46¹²) para a defesa conjunta de direitos individuais afins ou comuns, a Constituição da República atribuiu legitimidade às instituições e entidades para atuarem na defesa de direitos transindividuais. É o que se extrai em relação às entidades associativas (art. 5º, XXI¹³) e sindicais (art. 8º, III¹⁴) que passaram a possuir legitimidade para defender em juízo os direitos dos seus associados e filiados.

Depois da Constituição da República veio a Lei 7.853/89, que trata da tutela dos direitos e interesses coletivos e difusos de pessoas portadoras de deficiência, e também a Lei 7.913/89, que prevê a ação civil pública de responsabilidade por danos provocados a investidores do mercado de valores mobiliários.

Em seguida houve a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), que disciplinou a ação civil pública por ofensa a direitos da criança e do adolescente.

Logo após veio o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), que introduziu, dentre outros, a defesa coletiva de direitos ou interesses individuais, os chamados direitos individuais homogêneos, uma adaptação brasileira do modelo da *class action* do sistema norte-americano, que cuidou da legitimação, competência,

¹¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

¹² Art. 46. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando:

¹³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

¹⁴ Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

coisa julgada. A referida lei trouxe em seu bojo o conceito de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, conforme será visto em capítulo próprio.

Em 1992, veio a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92), que tem por escopo o combate aos atos ilícitos praticados por funcionários públicos no exercício de suas funções.

A Lei de Improbidade Administrativa foi seguida pela Lei nº 8.884/94, que dispõe sobre a prevenção e a repressão de infrações econômicas. No ano seguinte foi editada a Lei 8.974/95, que dispõe sobre normas de proteção à vida e à saúde do homem, dos animais, das plantas, bem como do meio ambiente.

Depois, em 2011, a Lei nº 10.257/01 em seu artigo 54 (remete à Lei nº 7.347/85) estabeleceu a defesa coletiva da ordem urbana. Já em 2003 foi aprovado o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), que criou uma série de normas que cuidam da proteção às pessoas maiores de sessenta anos, e também regulamentou o uso da ação civil pública para a defesa dos interesses de tais indivíduos.

Por fim, foi editada a Lei Maria da Penha (Lei nº 10.340/06), que criou mecanismos para coibir a violência doméstica, e também contemplou a tutela coletiva nos artigos 26, inciso II¹⁵ e 37¹⁶.

Exposta a evolução da ação coletiva no ordenamento jurídico brasileiro, passe-se, em seguida ao estudo da defesa do consumidor em juízo, já que por meio dela que a coletividade exercitará seu direito constitucional de ação.

¹⁵ Art. 26. Caberá ao Ministério Público, sem prejuízo de outras atribuições, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, quando necessário: II - fiscalizar os estabelecimentos públicos e particulares de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, e adotar, de imediato, as medidas administrativas ou judiciais cabíveis no tocante a quaisquer irregularidades constatadas;

¹⁶ Art. 37. A defesa dos interesses e direitos transindividuais previstos nesta Lei poderá ser exercida, concorrentemente, pelo Ministério Público e por associação de atuação na área, regularmente constituída há pelo menos um ano, nos termos da legislação civil.

3 A DEFESA DO CONSUMIDOR EM JUÍZO

No capítulo anterior foi realizado um estudo sobre as ações coletivas. Verificou-se que a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor formam, no direito processual brasileiro, o que a doutrina denomina de microsistema de Direito Processual Coletivo. Contudo, vale salientar que, conforme anotado em linhas atrás, não são apenas esses dois diplomas que versam sobre a tutela coletiva. No presente capítulo será abordada como ocorre a defesa do consumidor em juízo, no que se refere aos processos coletivos.

Conforme abordado no item 2.2.4, quando da análise do princípio do acesso à justiça, os processualistas contemporâneos têm voltado os olhos à ampliação do acesso à justiça. Sustentam que a efetividade do processo seria um instrumento de acesso à justiça.

Salienta-se que a preocupação dos estudiosos da ciência processual surgiu juntamente com inúmeras modificações sociais ocorridas a partir da segunda metade do século passado, podendo ser destacado o surgimento da sociedade de consumo, que vem logo após a produção em larga escala de bens de consumo, dando início também a um novo modelo de contratar (contrato de adesão).

E nessa nova realidade social foi promulgada a Constituição da República inserindo em seu texto o princípio da defesa do consumidor, conforme assinala Delfino:

As transformações sociais – que, de regra, sempre se sucedem antes da evolução jurídica –, motivaram a inserção do princípio da defesa do consumidor na Carta Magna, e estimularam a própria criação da Lei consumerista, como uma norma taxativa, imperativa de direitos e deveres a serem respeitados pelos partícipes das relações de consumo. (DELFINO, 2004)

Foi verificado também que, dada a massificação da contratação, notou-se que em muitos casos o fornecedor tinha destacado lugar nessa relação e, no outro lado, estava, não raras vezes, um indeterminável número de consumidores. Para a solução

dos problemas oriundos dessa relação entre consumidores e fornecedores, não tinha mais lugar a adoção individualista do Código Civil para solução dos conflitos, que não era mais verificado em relação apenas aos contratantes e sim perante a denominada sociedade de consumo.

Até então vigorava a teoria clássica do direito contratual, a qual assegurava a plena autonomia da vontade e a liberdade contratual. Desta forma, uma vez manifestada a vontade dos contratantes, as partes estavam obrigadas a obedecer ao pactuado nos exatos termos do avençado, fazendo lei entre as partes, eis que se parte do pressuposto de que foram discutidos cláusula a cláusula do pacto, não tornando possível a alteração contratual, a não ser através de um novo contrato, ou em virtude de acontecimento de caso fortuito ou força maior.

O ordenamento jurídico era utilizado somente para assegurar a autonomia, igualdade e liberdade no momento da contratação e era desconsiderada, por inteiro, a situação particular e econômica das dos contratantes.

Como dito em linhas anteriores, hodiernamente predominam os métodos de produção e contratação em massa, que culminam na adoção de contratos com cláusulas pré-estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos e serviços, sem a possibilidade de discussão na hora da contratação. Justifica-se a adoção desta modalidade contratual pelo desenvolvimento social e econômico. O que não pode, porém, é descurar-se da proteção da parte que não teve a possibilidade de discutir as cláusulas do contrato, que, inegavelmente, passou a ocupar uma posição vulnerável diante dos fornecedores de produtos e serviços.

Com o Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, houve um rompimento com a noção individualista do Código Civil e passou-se a adotar uma visão social. Isso porque os princípios do direito civil da liberdade contratual e autonomia da vontade reclamaram intervenção do Estado, no sentido de repor a harmonia e equidade nas relações contratuais.

É importante ressaltar que quando se fala em “defesa do consumidor em juízo” se quer dizer toda e qualquer atividade por este desenvolvida em juízo, não compreendendo apenas a defesa processual em sentido estrito, ou seja, as exceções opostas pelo consumidor.

3.1 A Evolução da proteção ao consumidor

A proteção ao consumidor é, de certa forma, recente, tanto na doutrina quanto na legislação. Surgiu após a metade do século XX. Contudo, verificam-se vestígios da proteção do fraco contra o forte em diversos países, dos mais variados costumes, sendo tradição do direito privado desde os primórdios, mas não de forma sistematizada. Por exemplo, pode ser citado que no Código de Hammurabi (2300 a.C) visualiza-se uma medida protetiva. Santos salienta que "na 'lei' 235 do Código de Hamurabi, o construtor de barcos estava obrigado a refazê-lo em caso de defeito estrutural, dentro do prazo de até um ano (...)" (SANTOS, 1987, p.78-79).

Vieira menciona também o Código de Manu, o qual prevê sanções para os contratados que “adulterassem gêneros, entregassem coisa de espécie inferior à acertada ou vendessem bens de igual natureza a preços diferentes” (VIEIRA, 2002, p.70).

Cita-se, ainda, que o vendedor no Direito Romano Clássico, respondia pelos vícios da coisa, salvo se desconhecida pelo vendedor. Já no Período Justiniano, o vendedor era responsável, ainda que desconhecesse o defeito no produto. As ações *redhibitoria* e *quanti minoris* tinham por finalidade proteger o consumidor dos vícios ocultos, amparadas na boa-fé do adquirente. Assim, este poderia optar devolução do que pagou (*actio redhibitoria*) ou pelo abatimento do preço (*quanti minoris*). Caso o vendedor soubesse do defeito, deveria devolver o que recebeu em dobro, devido o seu “caráter penal que a ação teve nas suas origens, devendo, inicialmente, o vendedor devolver o dobro do preço que recebera.” (WALD, 2004, p. 295).

Ainda no período romano, assevera Prux que:

[...] de forma indireta, diversas leis também atingiam o consumidor, tais como: a Lei Sempcônia de 123 a.C., encarregando o Estado da distribuição de cereais abaixo do preço de mercado; a Lei Clódia do ano 58 a.C., reservando o benefício de tal distribuição aos indigentes e; a Lei Aureliana, do ano 270 da nossa era, determinando fosse feita a distribuição do pão diretamente pelo Estado. Eram leis ditadas pela intervenção do Estado no mercado ante as dificuldades de abastecimento havidas nessa época em Roma. (PRUX, 1998. p. 79)

Já na Idade Média, foi imposta a eficácia da cláusula *rebus sic standibus*, que estabelecia a ineficácia dos contratos que tivessem seu conteúdo alterado de forma substancial por circunstâncias alheias à vontade dos contraentes.

No Brasil, a proteção à parte mais fraca apareceu entre 1.940 e 1.960, quando foram sancionadas leis e decretos federais regulando matérias como a saúde, proteção econômica, relação trabalhista, entre outras.

No tocante às relações de consumo, cita-se, em ordem cronológica, como exemplos o Decreto n. 22.626/33 (Lei da Usura); o Decreto-lei n. 869/38, que define os crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego; a lei n. 4.137, de 10 de setembro de 1.962, que regulava e reprimia o abuso do Poder Econômico; a Lei Delegada n. 4/62, que regula a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo. Vale ressaltar que em 1978 foi criado o PROCON de São Paulo, que foi o primeiro órgão brasileiro de defesa do consumidor.

Mas foi com a Constituição da República de 1988 que a proteção aos direitos do consumidor foi alçada a direito fundamental (art. 5º, XXXII), uma novidade, já que nas Constituições anteriores não constava tal proteção e também foi considerado princípio da ordem econômica (art. 170, V), o que também foi uma inovação, pois na Constituição da República de 1.967, em seu art. 157, não era feita qualquer referência à defesa do consumidor. O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República de 1988 previu a elaboração de um novo Código de Defesa do Consumidor. Isso ocorreu em 11 de setembro de 1990, quando foi promulgada a

Lei 8.078, que trouxe em seu bojo uma profunda transformação no direito privado, com uma visão diferenciada e novas normas.

Cuidou o legislador de disciplinar matérias administrativas, processual, civil e criminal, com o intuito claro de ordenar sistematicamente a matéria com princípios, conceitos e regras próprios para a proteção do consumidor. Conforme anota Filomeno:

[...] trata-se de uma lei de cunho inter e multidisciplinar, além de ter o caráter de um verdadeiro microsistema jurídico.

Ou seja: um lado de princípios que lhe são próprios, no âmbito da chamada ciência consumerista, o Código Brasileiro do Consumidor relaciona-se com outros ramos do Direito, ao mesmo tempo em que atualiza e dá nova roupagem a antigos institutos jurídicos.

Por outro lado, reveste-se de caráter multidisciplinar, e cuida de questões que se acham inseridas nos Direitos Constitucional, Civil, Penal, Processuais Civil e Penal, Administrativo, mas sempre tendo por pedra de toque a vulnerabilidade do consumidor ante o fornecedor, e sua *condição de destinatário final de produtos e serviços*, ou *desde que não visem a uso profissional*. (FILOMENO, 2012, p.11)

De fato a Lei 8.078/90 regula todas as matérias acima listadas, sem se descurar da defesa do consumidor, já que esse é o objetivo do microsistema.

3.2 Os direitos tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor tem por escopo, dentre outros, tutelar, por óbvio, os direitos desta categoria de indivíduos. Para tanto, o legislador cuidou de disciplinar que espécie de direitos seriam tutelados. Além do direito individual do consumidor, o legislador tratou também dos interesses metaindividuais, que são os que nos interessam neste estudo, conforme será visto a seguir.

3.2.1 Direitos ou “interesses”?

Grande parte da doutrina considera as expressões *interesse e o direito* como sendo expressões que possuem o mesmo significado. Ocorre que não se trata de expressões sinônimas, como será visto abaixo.

Leonel, analisando as expressões, *interesse e direito*, deixou anotado que:

[...] para o processo coletivo – pela ausência de distinção axiológica, pela falta de relevância prática, e pelo tratamento dado pelo legislador –, válido é o exame indistinto das posições ou situações concretas de vantagem protegidas juridicamente, como ‘direitos’ ou ‘interesses’ supraindividuais. As conseqüências no plano normativo substancial e processual, para a tutela jurisdicional, serão as mesmas. (LEONEL, 2002, p.89)

No mesmo sentido Watanabe:

Os termos interesses e direitos foram utilizados como sinônimos; certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os interesses assumem o mesmo status de ‘direitos’, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles. (WATANABE, 2011, p.70)

Essa parcela da doutrina se apoia no fato de que em diversos momentos o legislador utilizou os termos *interesse e direito* indistintamente, como se fossem expressões sinônimas. Pode-se citar como exemplo o art. 129, inciso V, da Constituição da República, que estabelece que, dentre outras funções, o Ministério Público tem que defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas. Neste caso o constituinte se referiu a ambos os termos. Já no inciso III do mesmo dispositivo legal, o constituinte preferiu a utilização apenas do termo *interesse*, ao estabelecer que o Ministério Público deve promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Portanto, em virtude do fato de que os interesses gozam de previsão legal para sua proteção, eles possuem o mesmo conceito que os direitos subjetivos, sendo, pois, desnecessária sua diferenciação.

Gidi, por sua vez, acredita que o correto é a utilização do termo *direito*, para tanto aduz que na realidade existe uma certa resistência quanto à ampliação do conceito de direito subjetivo, afirma o autor que:

O código foi menos técnico do que cauteloso ao se utilizar da dupla terminologia "interesses ou direitos" para se referir a aos direitos subjetivos difusos, coletivos e individuais homogêneos [...] o que se percebe na teoria 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 conceitos superindividuais, pela indivisibilidade do seu objeto e "imprecisa" determinação de sua titularidade, se não enquadrariam exatamente na rígida delimitação conceitual do direito subjetivo como fenômeno de subjetivação do direito objetivo. A falta de terminologia rigidamente adequada, preferiu-se optar por chamar "interesse" essa situação de vantagem (GIDI, 1995, p.17-18)

Há vozes que entendem ser errônea a expressão *interesses*. Zaneti Júnior e Didier Júnior afirmam que a adoção do termo “interesses” foi uma mera transposição da doutrina italiana da expressão “*interessi legítimi*”, contudo acarretou um efeito indesejável. (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2010).

Os mencionados autores afirmam que:

Os direitos subjetivos, no Brasil, se subdividem em direitos subjetivos públicos e direitos subjetivos privados. O mesmo não ocorre com o sistema italiano, que prevê uma separação de órgãos jurisdicionais (dualidade de jurisdição). Assim, a doutrina italiana construiu dois conceitos distintos, um referente aos direitos subjetivos e outro, aos chamados interesses legítimos. Os primeiros são julgados pela justiça civil (relações entre particulares); os outros, perante órgãos da justiça administrativa (relações entre particulares e administração pública ou de interesse social relevante). (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2010, p. 90).

E mais à frente concluem que:

A nota essencial na distinção, para este estudo, é que enquanto o direito subjetivo se vincula diretamente ao indivíduo, protegendo seu interesse individual, os interesses legítimos se dirigem ao interesse geral e favorecem o indivíduo apenas como componente, como ‘membro do Estado’. [...] Tanto direito subjetivo quanto interesse legítimo são, portanto, direito. (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2010, p. 91)

Entendem os autores que a solução perpassa pela ampliação do conceito de direito subjetivo, de modo a envolver as diversas posições jurídicas merecedoras de proteção, sustentam que o termo mais adequado seria direitos subjetivos coletivos. (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2010).

Assim, no caso da justiça brasileira, não se justifica essa diferença entre direito subjetivo e interesse legítimo, já que aqui a jurisdição é una, não havendo dualidade de

jurisdição. Em países em que há dualidade de jurisdição, como no caso da Itália, os direitos subjetivos são tutelados pela justiça ordinária, e os interesses jurídicos pela justiça administrativa, justificando, portanto, a diferença de tratamento.

Há ainda aqueles que entendem ser correta a utilização do termo *interesses*, quando se estiver tratando de interesses ligados a um grupo determinado ou indeterminado, já que o termo *direito* dá uma conotação subjetivista e individualista. Assim, para o tratamento de interesses de grupos, o termo interesse é o que melhor se coaduna, uma vez que apenas um membro do grupo não pode postular, individualmente, esta pretensão. Neste sentido, Belinetti ao afirmar que:

[...] quando se utiliza o vocábulo direito, geralmente se faz em sentido subjetivo, com o significado de constituir uma faculdade de agir autorizada pela ordem jurídica, com a finalidade de satisfação de um interesse reconhecido por esse ordenamento. [...] a idéia de direito subjetivo é francamente subjetivista e individualista, dependente do binômio direito-dever, vinculada à concepção tradicional de relação jurídica – que deve ser superada para se tratar de interesses coletivos.

Mancuso, por sua vez, entende se fazer necessária a diferenciação entre *interesses e direitos*, o autor trabalha o conceito de interesse legítimo, aduz que:

Entre os dois extremos surge o interesse legítimo. Não há, propriamente, uma diferença essencial, e sim, uma diferença em termos de intensidade quanto à proteção estatal: enquanto os direitos subjetivos se beneficiam de uma proteção máxima, e os interesses simples são praticamente ‘desconhecidos’, os interesses legítimos se apresentam a meio caminho: embora não se constituam em prerrogativas ou títulos jurídicos oponíveis *erga omnes*, beneficiam de uma proteção limitada, ao menos no sentido de não poderem ser ignorados ou preteridos. Um exemplo: o vencedor de uma licitação não adquire, *ipso facto*, o direito de contratar com a Administração, visto que esta pode até revogar ou anular o certame; mas, beneficia ele de um interesse legítimo a que a decisão administrativa seja devidamente motivada. (MANCUSO, 2004, p. 76).

Desta forma, o interesse legítimo pode ser caracterizado em razão do fato de o sujeito, neste caso, encontrar-se por via indireta alcançado pela proteção da norma. De modo que o interesse da norma não é de tutelar a situação individual. Porém pode acontecer de os sujeitos, individualmente falando, merecerem uma proteção diferenciada pelo fato de estar situados num raio de abrangência dessa norma. (MANCUSO, 2004, p.76).

Mancuso anota ainda características semelhantes entre os interesses legítimos e os difusos, mormente, que em ambos há um sem número de sujeitos e ainda pelo fato de que tanto os interesses legítimos quanto os difusos não há se confundirem com direitos subjetivos. Por outro lado, o que os diferencia, segundo o autor, é o fato de que os interesses legítimos são restritos a atos da administração, já os interesses difusos são diversificados. (MANCUSO, 2004, p.76).

Verifica-se que a doutrina nacional tende a considerar que as expressões *interesses e direitos* são expressões sinônimas, com o mesmo sentido e repercussão jurídica idêntica. Esse entendimento decorre da definição de Ihering em que *direito é o interesse juridicamente tutelado*. Direito e interesse, portanto, teriam a mesma dimensão. De acordo com tal entendimento, o interesse só importa para o direito quando há previsão legal à sua proteção.

Por outro lado Nunes sustenta que pode haver interesse sem que haja previsão legal, mencionando que mesmo assim o sujeito poderia obter a prestação jurisdicional. Afirma a autora que:

[...] o indivíduo, conforme sua necessidade, irá buscar proteção jurídica para seu interesse e pode ser que este já tenha resguardo na ordem jurídica através da norma ou, se ainda não o tiver e não for contrário ao ordenamento, poderá obter a proteção do interesse por tutela jurisdicional. (NUNES, 2011, p. 67)

Maciel Júnior aponta o desacerto da definição proposta por Ihering, aduzindo que:

O equívoco metodológico de Ihering consistiu em pressupor que o interesse somente teria importância para o direito a partir do momento em que houvesse a previsão legal de tutela desse interesse. O interesse que importaria ao direito seria um interesse juridicamente tutelado, ou seja, um direito. Não haveria, segundo essa concepção, a razão para a diferenciação ontológica entre interesses e direitos. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p.33)

O mesmo autor entende que o interesse é sempre individual, por sua vez o direito passa por um processo de reconhecimento, pelo qual a coletividade o valida, efetuando um filtro sobre o interesse manifestado pela parte. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p.50)

Maciel Júnior aduz que:

Os interesses são a base a partir da qual haverá manifestação do sujeito e ocorrerá o desencadeamento do processo social ou judicial de validação dos interesses e sua transformação em direitos.

Os direitos são, por sua vez, as situações jurídicas reconhecidas por um processo de validação de interesses manifestados perante a sociedade ou perante o Estado-juiz. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p.34)

Portanto, de acordo com o autor, para que um interesse se transforme em direito, necessário se faz que tal interesse seja submetido a um processo de validação. Desta forma, para que haja essa transformação de interesse em direito, deve haver consenso, bem como o respeito sobre a manifestação do interesse e sua previsão no ordenamento jurídico.

Salienta-se que, de acordo com o entendimento de Maciel Junior, não haveria interesses públicos, eis que o interesse é sempre individual, não havendo, também, interesse geral, o que se tem é o direito público. (MACIEL JÚNIOR, 2006, p.50-51).

Uma vez que o interesse é sempre individual, segundo Maciel Júnior, não haveria que se falar em interesse difuso ou coletivo, sendo que o correto seria falar-se em uma indeterminação difusa de interessados, ou ainda de interessados que se encontram reunidos em grupo ou categorias, dada a existência de um vínculo jurídico preexistente. (MACIEL JÚNIOR, 2006, 51).

Ocorre que, para a presente pesquisa, será adotado o entendimento do CDC, que colocou interesses e direitos como se sinônimos fossem, ficando ressalvados os entendimentos contrários, conforme exposto acima.

3.2.2 Interesses ou direitos difusos

A definição de interesses ou direitos difusos vem estampada no art. 81, parágrafo único, inciso I, o qual estabelece que:

interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeito deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por situação de fato.

Como se extrai do comando legal, o conceito de direitos transindividuais está conectado aos sujeitos e ao objeto tutelado. Portanto, direitos ou interesses difusos são aqueles em que os titulares são indeterminados ou indetermináveis, e seu objeto é indivisível. Os titulares dos direitos difusos são aqueles que se encontram dispersos na coletividade, não sendo possível determinar qual o vínculo que os unem.

Lenza traz alguns exemplos para melhor elucidar o que sejam os direitos ou interesses difusos, ao dispor que:

a) o direito de todos não serem expostos à propaganda enganosa e abusiva veiculada pela televisão, rádio, jornais, revistas, painéis publicitários; b) a pretensão a um meio ambiente hígido, sadio e preservado para as presentes e futuras gerações; c) o dano decorrente da contaminação de um curso de água; d) o direito de respirar um ar puro, livre da poluição que tanto assola as grandes metrópoles; e) o dano difuso gerado pela falsificação de produtos farmacêuticos por laboratórios químicos inescrupulosos; f) a destruição, pela famigerada indústria edilícia, do patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; g) a defesa do erário público; h) o direito à proteção dos mananciais hídricos; i) o dano causado pela rotulagem irregular de alimentos ou medicamentos; j) o dano nefasto e incalculável de cláusulas abusivas inseridas em contratos padrões de massa; k) produtos com vícios de qualidade ou defeitos colocados no mercado de consumo; l) a construção de um *shopping center* em determinado bairro residencial, trazendo dificuldades para o trânsito local; m) a instalação de uma casa noturna em um bairro residencial, perturbando o sossego de pessoas indeterminadas; n) a queima de cana-de-açúcar produzindo não só o impacto ambiental, como a perturbação à saúde das pessoas, ocasionando problemas respiratórios e sujeiras em cidades, como, no Estado de São Paulo, a de Ribeirão Preto); o) a integração pacífica dos diversos componentes raciais e sociais [...] (LENZA, 2005, 99-100)

Assim, a intenção do legislador ao tutelar os direitos ou interesses difusos, quando a identificação individual quanto ao direito violado fosse de fato impossível, foi de proteger o maior número possível de indivíduos. Não se pode negar que a proteção ao direito difuso converge em mais acesso à justiça.

Belinetti ao abordar os interesses difusos o faz levando em consideração o aspecto subjetivo e o objetivo sob dois aspectos, o objetivo e o subjetivo e esclarece que:

Aspecto subjetivo: sob esta perspectiva, vislumbram-se as características da indeterminação dos membros do grupo ao qual o interesse pertence, bem como a inexistência de relação jurídica base entre tais pessoas; aspecto objetivo: a característica é a indivisibilidade do bem jurídico, ou seja, uma única ofensa prejudica a todos e uma solução a todos beneficia. (BELINETTI, 2006, p.668)

Nunes (2005, p.85), ao comentar a parte final do dispositivo, esclarece que na *situação de fato* deve ser observada a ligação entre os indivíduos que se encontram dispersos na sociedade, mas que são unidos por alguma relação jurídica com o violador do direito tutelado, e utiliza como exemplo um dos utilizados por Lenza, citado acima, qual seja, o da propaganda enganosa pela qual toda coletividade sofre influência real, efetiva e objetiva, essas seriam as circunstâncias fáticas a unir os indivíduos dispersos.

Interessante é abordagem feita por Mancuso, que explica a litigiosidade envolvendo direitos ou interesses difusos, diferenciando-os dos conflitos tradicionais em que são envolvidos direitos subjetivos. Aduz o autor que:

[...] nos embates entre os direitos subjetivos dos particulares ou entre estes e Estado, verifica-se o que se pode chamar uma 'litigiosidade definida', visto que, de um lado, os lindes da controvérsia são bem definidos na pretensão e resistência; de outro lado, as situações emergentes – por isso que derivam de direitos – são já balizadas por normas jurídicas. No campo dos 'interesses difusos', outra coisa se dá: eles estão soltos, fluídos, desagregados, disseminados entre seguimentos sociais mais ou menos extensos; não têm um vínculo jurídico básico, mas exsurtem de aglutinações contingenciais, normalmente contrapostas entre si. (MANCUSO, 2004, p. 100-101).

Diante dos entendimentos doutrinários expostos, forçoso concluir que a identificação de um direito ou interesse difuso se passa pela verificação de um fato que, uma vez ocorrido, irá repercutir na esfera jurídica de um sem número de pessoas.

3.2.3 Interesses ou direitos coletivos em sentido estrito

No que tange aos interesses ou direitos coletivos, estes foram assim definidos no Código de Defesa do Consumidor em seu art. 81, parágrafo único, inciso II

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

Verifica-se que o legislador determinou que a condição para a caracterização dos direitos ou interesses coletivos é a possibilidade de determinação que são unidos através de uma relação jurídica base pré-existente à lesão ou à ameaça do direito, sendo tais direitos ou interesses indivisíveis, trata-se, portanto, de uma coletividade identificada.

Nunes (2005, p.89), explicando essa relação jurídica base, que une sujeito ativo e sujeito passivo, menciona que ela pode ser visualizada em duas circunstâncias: a primeira ocorrerá quando os titulares estiverem unidos entre si por uma mesma relação jurídica, para melhor explicar a questão o autor cita como exemplo os pais e alunos pertencentes à Associação de Pais e Mestres; já a segunda ocorrerá quando o vínculo a unir os sujeitos ativos e sujeito passivo for em virtude de uma relação jurídica, cita como exemplo os alunos de uma mesma escola, os clientes de um mesmo banco, etc.

Grinover (1984, p.30) sustenta que “por interesses coletivos entende-se os interesses comuns a uma coletividade de pessoas e apenas a elas, mas ainda repousando sobre um vínculo jurídico definido que os congrega.”

Lenza menciona uma série de exemplos, a saber:

a) o aumento ilegal das prestações de um consórcio; b) o direito de os alunos de certa escola terem a mesma qualidade de ensino em determinado curso; c) o interesse que aglutina os proprietários de veículos automotores ou os contribuintes de certo imposto; d) ilegalidade no aumento das mensalidades escolares, em relação aos alunos já matriculados; e) aumento abusivo das mensalidades de planos de saúde, relativamente àqueles que já firmaram contrato; f) idem em relação a um clube esportivo, em relação aos seus associados; g) danos causados a acionistas de uma mesma empresa; h) contribuintes de um mesmo tributo. (LENZA, 2005, p. 106)

É de se verificar que, no caso de aumento abusivo da mensalidade do plano de saúde, por exemplo, a ação ajuizada requerendo a declaração de ilegalidade no aumento, se procedente, aproveitará a todos os usuários daquele determinado plano. Assim, diferentemente do que ocorre com os direitos ou interesses difusos, neste caso,

apesar de o direito ser indivisível, tal como ocorre nos direitos ou interesses difusos, os sujeitos titulares do direito ou interesse coletivo são determinados, posto que auferirão benefícios em relação à declaração de ilegalidade, havendo nítida relação jurídica comum a todos os titulares do direito tutelado.

3.2.4 Direitos ou interesses individuais homogêneos

Por fim, a definição de interesses ou direitos homogêneos está disposta no art. 81, parágrafo único, inciso III, ao prescrever que “os interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”.

O Código de Defesa do Consumidor, no que concerne aos direitos ou interesses individuais homogêneos, estabelece que são aqueles *decorrentes de origem comum*. Aqui os direitos ou interesses em sua essência são de natureza individual, e a natureza coletiva decorre apenas da forma como são tutelados.

Lenza destaca que não se trata de interesses essencialmente coletivos, adquirindo eles tal característica apenas acidentalmente, adverte o autor que:

Os seus titulares são perfeitamente identificáveis e, querendo, podem buscar realizar a sua pretensão em demanda individual, principalmente em razão da cindibilidade do objeto. Havendo resistência, surge a lide ou litígio, instala-se a relação processual de caráter individual (atenuada pela artificialidade coletiva), devendo o magistrado decidir, com justiça, na forma da lei, qual pretensão deverá prevalecer, harmonizando, pelo intermédio da composição, os interesses conflitantes. Afastando a resistência, decidirá o magistrado, no caso concreto, por critérios essencialmente técnicos, no mesmo sentido em que decidiria a lide caso o instrumento utilizado fosse a ação individual. A única diferença reside no modo (coletivo) de exercício do direito de ação. (LENZA, 2005, p. 94)

Mais uma vez Lenza utiliza-se de exemplos práticos para esclarecer a categoria de direitos ou interesses estudados, a saber:

- a) os compradores de carros de um lote com o mesmo defeito de fabricação;
- b) o caso da explosão do shopping de Osasco, em que inúmeras vítimas sofreram danos;
- c) danos decorridos de descumprimento de obrigação contratual relativamente a muitas pessoas;
- d) alimento que gera intoxicação

alimentar de muitos consumidores; e) danos sofridos por vários consumidores, em razão de prática comercial abusiva; f) pessoas determinadas contaminadas com o vírus da AIDS, em razão de transfusão de sangue em determinado hospital público, entre outros indicados pelo autor. (LENZA, 2005, p. 107)

Zavascki (2007, p.35) menciona que a existência da obrigação; a natureza da prestação devida e o(s) sujeito(s) passivo(s) compõem o que o autor denomina de “núcleo de homogeneidade”.

O que difere os direitos ou interesses individuais homogêneos reside no fato de seu objeto ser divisível, sendo que assim cada um dos titulares do direito violado poderá demandar de forma individual ou coletiva.

Os benefícios advindos da tutela de tais direitos ou interesses são nítidos, uma vez que contam com economia processual, pois a solução dada em único processo atinge um sem número de titulares de direito, ganha-se, ainda, com a efetividade na prestação jurisdicional que, via de consequência, evita decisões conflitantes e, por fim, amplia o acesso à justiça.

Para que esses direitos sejam exercidos em juízo, torna-se necessário o estudo da legitimidade para agir, o que será visto em seguida.

3.3 Legitimidade para agir no processo civil

Conforme sabido, a legitimidade é uma das condições da ação, juntamente com o interesse. Assim, é importante, antes de se analisar a legitimidade para agir nos processos coletivos, o que será realizado no próximo item, entender como funciona o instituto no Processo Civil clássico.

Para que seja analisada a legitimidade de agir, é necessário compreender o conceito de partes, visto que elas é que figurarão no processo (ativa ou passivamente).

Na lição de Chiovenda, “parte é aquele que demanda em seu próprio nome (ou em cujo nome é demandada) a atuação duma vontade da lei, e aquele em face de quem

essa atuação é demandada”. (CHIOVENDA, 1969). Essa concepção de parte possui caráter eminentemente individualista, adquirida na fase autonomista do direito processual.

Santos, ao conceituar “parte”, adota posição semelhante à de Chiovenda, ao afirmar que partes “são as pessoas que pedem ou em relação às quais se pede a tutela jurisdicional. Podem ser, e geralmente são, sujeitos da relação jurídica substancial deduzida, mas essa circunstância não as caracteriza, porquanto nem sempre são sujeitos dessa relação”. (SANTOS, 2007).

Desta forma, o autor será parte do ajuizamento da ação até seu final, da mesma forma será o réu, que, ainda que não queira figurar como parte na relação processual, será considerado como tal durante todo o processo, não significando, todavia, que a parte seja considerada legítima, posto que, mesmo sendo considerada “ilegítima”, ostentará a qualidade de parte até o final da ação.

Analisando detidamente a questão, os ensinamentos de Wambier são esclarecedores. Afirma o autor que:

[...] parte mesmo a parte ilegítima, desde que esteja no processo, no lugar daquele que seria parte legítima, se parte fosse, pois que este, que seria parte legítima, estando fora do processo, não é parte, é terceiro. O conceito de parte é, pois, diferente do conceito de parte legítima. O autor é parte porque propõe a ação, e o réu é parte porque o autor contra ele está movendo uma ação. [...] A legitimidade ou a ilegitimidade são qualificativos do conceito de parte. (WAMBIER, 2006, p. 211.)

Nada obstante o fato de “parte” dizer respeito à relação processual, isso porque apenas existirá "parte" somente se existir lide, o Código de Processo Civil no seu artigo 6º estabelece expressa determinação de que, para ser parte, tem que ser titular do direito material discutido, trata-se, pois, da legitimidade (ativa ou passiva), pois o referido dispositivo prescreve que ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

A regra geral da legitimação demonstra o caráter individualista de todo Processo Civil, pois somente pode ser parte aquele que possuir interesse direto no litígio, neste sentido Violin:

[...] o individualismo processual, sintetizado no princípio de que somente o titular do direito material é legitimado a propor ação para tutelá-lo, encara o interesse como um patrimônio do indivíduo. Essa perspectiva privilegia a autonomia da vontade, na medida em que o próprio titular do direito decide como e em que momento buscar seus direitos, de acordo com critérios próprios de oportunidade e conveniência. (VIOLIN, 2008, p. 44)

Sobre a legitimação, Theodoro Júnior ensina que:

[...] legitimados ao processo são os sujeitos da lide, isto é, os titulares dos interesses em conflito. A legitimação ativa caberá ao titular do interesse afirmado na pretensão, e a passiva ao titular do interesse que se opõe ou resiste à pretensão. (THEODORO JÚNIOR, 2007, p.67)

A coincidência da parte com o titular da relação jurídica material deduzida é a denominada legitimidade ordinária, segundo a qual a decisão somente irá produzir efeitos na esfera jurídica daqueles que participaram da relação jurídica processual e que possuam entre si relação jurídica de direito material.

Entretanto, não há se confundir legitimidade com capacidade, trata-se de institutos completamente distintos, pois a capacidade decorre de uma situação de fato ligada ao sujeito. A seu turno a legitimidade advém de uma situação jurídica relacionada a um determinado objeto.

Reitera-se que a legitimidade para agir é uma das condições da ação. O conceito de ação atualmente aceito pela comunidade jurídica se apoia em um direito autônomo e abstrato a uma decisão (favorável ou não) de mérito. Porém, nem sempre a parte que provoca a jurisdição terá direito a uma sentença meritória.

Para que o mérito da causa seja analisado, é necessário o preenchimento de alguns requisitos, as chamadas “condições da ação”.

É para pronunciar sobre uma relação de direito material que as partes provocam a jurisdição. As condições da ação, na lição de Dinamarco,

[...] constituem ponto de contato entre o direito processual e o plano do direito substancial: é a situação concreta sobre a qual as partes chamam o juiz a pronunciar-se (situação de direito material) que emergem os dados que, manipulados pelo processualista, revelar-lhe-ão se a demanda é juridicamente possível, se ocorre o legítimo interesse processual e quem são as pessoas sobre cuja esfera de direitos será lícito incidirem os efeitos do provimento a ser emitido afinal. [...] Dessa observação [relação entre direito material e condições da ação] nitidamente inspirada na instrumentalidade dos institutos processuais ao direito material decorre a estreita conexão entre os conceitos de parte legítima e parte de direito material no sentido de que, salvo em casos excepcionais (legitimidade extraordinária e substituição processual), terão legitimidade ativa e passiva para a causa aquelas mesmas pessoas que sejam titulares da relação jurídica substancial posta com objeto do juízo (DINAMARCO, 2009, p.28).

Portanto, para possuir legitimidade a parte necessariamente será a titular do direito deduzido em juízo, salvo a legitimidade extraordinária.

Verifica-se, assim, a importância do instituto, pois trata-se de uma das condições da ação, juntamente com a possibilidade jurídica do pedido e o interesse processual, sem as quais o mérito do processo não será analisado, culminando sua extinção, nos termos do art. 267, inciso VI do Código de Processo Civil.

Contudo, a própria regra geral da legitimação comporta exceção, conforme se verifica na leitura da parte final do dispositivo em comento, em que a parte demandará direito alheio em nome próprio, não havendo, portanto, coincidência entre o titular da relação jurídica deduzida em juízo e a situação legitimante é o que se denomina de legitimação extraordinária. Barbosa Moreira leciona que:

[...] esses casos, que são excepcionais, fundam-se quase sempre na existência de um vínculo entre as duas situações, considerado suficientemente intenso pelo legislador, para justificar o fato de que autoriza-se alguém, que nem sequer afirma ser titular da 'res in iudicium deducta', a exigir do juiz um pronunciamento sobre direito ou estado alheio. (BARBOSA MOREIRA, 1969. p. 10)

A legitimação extraordinária pode ser classificada em autônoma e subordinada. Nos casos em que é indispensável a presença do titular da pretensão invocada, diz-se que a legitimação extraordinária é subordinada. Será autônoma quando o legitimado

for autorizado a atuar no processo independentemente do legitimado ordinário. Esta se divide em exclusiva e concorrente. (BABOSA MOREIRA, 1969, p.10).

A exclusiva ocorrerá quando somente o legitimado extraordinário poderá atuar como parte principal no processo, apenas ele que poderá conduzir o processo, sendo imprescindível para a instauração do contraditório. Na legitimação extraordinária concorrente os dois (legitimado ordinário e extraordinário) podem conduzir o processo, a presença de um não obsta a presença do outro no processo, sendo indiferente a propositura por um ou pelo outro. (BABOSA MOREIRA, 1969, p.10).

A legitimação extraordinária concorrente divide-se em primária e subsidiária. Será primária quando a faculdade de demandar em juízo independe do comportamento do legitimado ordinário, cita-se como exemplo a anulação do casamento (art. 1.549 do Código Civil). Nesse caso poderá o Ministério Público ou qualquer outro interessado postular a anulação do casamento. Em sendo subsidiária, na legitimação extraordinária concorrente o legitimado somente poderá atuar no sentido de suprir a inércia do legitimado ordinário. (BABOSA MOREIRA, 1969, p.10).

A legitimação por substituição está prevista em diversas disposições legais, tais como a prevista no artigo 861 do Código Civil, segundo a qual o gestor do negócio defende os interesse do gerido, a prevista nos artigos 71, inciso I e 74, ambos do Código de Processo Civil, em que o denunciado da lide atua em defesa dos interesses do denunciante, dentre tantas outras.

Quanto à legitimação extraordinária por substituição, Bueno salienta que:

[...] esse verdadeiro amálgama que exige legitimidade e interesse para agir, sobretudo quando se trata de situações de legitimidade extraordinária, acaba por revelar que só se pode cogitar de interesses (jurídico) para propositura de ação em nome próprio para pleitear direito alheio quando a condição de legitimidade para tanto estiver prevista no ordenamento jurídico (BUENO, 2003, p.49)

O substituto, nos casos em que ocorre a legitimação extraordinária por substituição, será parte na lide, ou seja, ele que postula e é contra ele que se postula,

mas os efeitos da decisão recairão sobre o titular da relação jurídica de direito material deduzida, pois o substituto não tem nenhuma relação com o objeto da controvérsia.

A legitimidade extraordinária é de extrema relevância para o estudo da legitimidade coletiva, pois não se aplica a regra geral de legitimidade, eis que a legitimação coletiva é extraordinária.

Portanto, a legitimidade no processo civil clássico parte da premissa de que a jurisdição deve ser movimentada por provocação individual, com vistas à defesa de direitos subjetivos, salvo expressas disposições legais.

3.4 Legitimidade para agir no processo coletivo

Foi visto no item anterior que a legitimidade de agir é uma das condições da ação e que o art. 6º do Código de Processo Civil prescreve que, para ser parte, dever-se-ia ser titular do direito material deduzido, ao estabelecer que ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

Essa regra geral, prescrita pelo Código de Processo Civil, deixa claro o caráter individualista de todo Processo Civil, eis que somente pode ser parte aquele que possuir interesse direto no litígio.

Foi verificado, ainda, que a parte final do art. 6º do Código de Processo civil prevê uma exceção à regra da legitimidade para agir, qual seja a legitimidade extraordinária, sendo esta de extrema relevância para o estudo da legitimidade coletiva, pois não se aplica a regra geral de legitimidade, eis que a legitimação coletiva é extraordinária.

Em conclusão foi afirmado que a legitimidade no processo civil clássico parte da premissa de que a jurisdição deve ser movimentada por provocação individual, com vistas à defesa de direitos subjetivos, salvo expressas disposições legais.

Assim, imperioso traçar as características da legitimidade para agir nas ações coletivas do Código de Defesa do Consumidor.

A análise da legitimação coletiva no direito norte-americano é necessária, eis que o processo coletivo brasileiro sofre forte influência da *class action* norte-americana, é o que se depreende da leitura da Justificação do Projeto de Lei 3.3034/84, embrião da Lei da Ação Civil Pública:

[...] Buscaram-se na experiência estrangeira alguns parâmetros para a legitimação das associações às ações cíveis: assim se fez com o conceito de 'representatividade adequada' das *class action* do direito norte-americano, atribuindo uma certa dose de discricionariedade ao juiz. (*Federal Rules of Civil Procedure* de 1966, nº 23). (MANCUSO, 2001, p.87).

Class action é o instituto do direito processual norte-americano que foi elaborado a fim de possibilitar a pluralidade de sujeitos, titulares de direito coletivo, ou violadores de dever coletivo, a tutela judicial em apenas um processo. As *class actions* têm influência do *bill of peace*, prevista no direito inglês, o qual dispunha sobre a possibilidade de a parte que obtém representatividade de um grupo poder ajuizar ou suportar ação.

As *class actions* estão regulamentadas basicamente pela *Rule 23, Federal Rules of Civil Procedure* de 1966, que sucedeu a *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938.

A *Rule 23* prevê três categorias de ações coletivas, a depender do direito a ser tutelado, sendo que os efeitos dos julgados variam de acordo com o direito protegido a saber: a *true class action* é aquela em que o direito é comum a todos os integrantes do grupo, dada a indivisibilidade do objeto tutelado; a *hybrid* (híbrida) é aquela em que o direito recai sobre um objeto, mas que não necessariamente é comum a todos os membros do grupo; nas *spurious* (espúrias), por sua vez, deve haver interesses diversos, em que as pessoas se reúnem para agir em juízo em conjunto, sendo que tais direitos decorrem de uma questão comum. (VIGLIAR, 2007, p. 337).

Para a verificação da legitimidade do representante do grupo para interposição da *class action* é levado em consideração impossibilidade de reunião de todos aqueles

interessados no processo, tanto no polo ativo quanto no passivo da ação; deve haver motivos de fato e de direito relacionados a toda classe e por fim deve ser comprovada sua representatividade adequada. (MAGGIO, 2005, p.179)

A liberdade do magistrado em conferir a legitimidade daquele que se apresentou como representante do grupo é ampla, devendo verificar-se as razões de fato e de direito são mesmos de interesse da classe representada. Com isso, evitam-se demandas com objetivos escusos e demandas manifestamente infundadas, impedindo, assim, inconvenientes e oportunos. Cabe registrar, ainda, que o juiz irá verificar a aptidão dos patronos que irão defender esses interesses.

Para que haja a adequada representação é necessária a constatação de três requisitos, conforme anota Bueno:

[...][1] os membros presentes e nomeados na ação devem demonstrar que têm efetivo interesse jurídico na promoção daquela demanda, isto é devem dizer por quais razões promovem ação naqueles moldes (vingança pessoal?, concorrência desleal?). [2] É inerente à figura da representatividade adequada a competência dos advogados que conduzirão a ação, mormente aquele da *class*. Neste particular, a Corte deverá examinar sua *bona fides* e sua competência técnica, vale dizer, se tem condições de vencer os desafios que são apresentados no desenvolver das ações desta espécie. [3] Para que esteja preenchido o quesito da representatividade adequada, a Corte deverá, ainda, averiguar a inexistência de qualquer conflito interno no interior da classe, cabendo a ela, alternativamente, dividir a classe tal qual apresentada inicialmente em tantas subclasses que se façam necessárias para o adequado prosseguimento da ação, cada qual com regime próprio de *class action*. Nesta hipótese, como já teve oportunidade de decidir a Suprema Corte, no caso Eisen, a coisa julgada será incidente somente entre as pessoas componentes do grupo original, que não estejam incluídas nas novas subclasses. (BUENO, 1996, p.103)

Ainda nas lições do retrocitado autor, essa verificação se dá em dois momentos: o primeiro será quando do ajuizamento da ação, e o segundo ocorre quando de seu término.

Desta forma, ao fim da ação o integrante, que compõe a classe mas que não participou da ação, pode questionar sua sujeição à coisa julgada. Verificado pelo juiz

que o membro não foi adequadamente representado, a sentença não produzirá efeitos em relação a esse membro, sendo que a decisão servirá como precedente.

Interessante anotar que no sistema americano qualquer membro da classe poderá, seja de forma individual, seja em grupo, avocar a representatividade adequada, sendo desnecessária a fixação de registro prévio, mesmo se se tratar de associação. (MAGGIO, 2005. p.180).

Para se assegurar o devido processo (*due process*), deve haver a notificação daqueles membros da classe que estão ausentes para serem ouvidos acerca da demanda. A notificação é de elevada importância, já que dela decorrerão os efeitos do julgado, que irão vinculá-los ou não, conforme visto acima, evitando-se, assim, as renovações de ações idênticas. (LEONEL, 2002, p. 76).

Essa adequação da representatividade é condição *sine qua non* para a certificação da *class action*, de forma que a ação não poderá prosseguir sem que o juiz se manifeste sobre a configuração da representatividade adequada, demonstrando, portanto, a relevância que o princípio tem para o direito norte-americano, reforçando, ainda, o poder que o juiz tem nas ações coletivas estadunidenses.

Em um primeiro momento, ao certificar a ação coletiva, o juiz fará uma avaliação preliminar e prospectiva do requisito, verificando se o candidato a representante terá condições de atuar adequadamente em benefício do grupo. A ação somente será certificada como coletiva se o juiz considerar essa questão pela afirmativa. (GIDI, 2007, p. 102).

A certificação é a análise do caso concreto realizada pelo Tribunal que decidirá se aquela demanda deve poder assumir a forma de ação coletiva. Sobre o instituto, Gidi ensina que:

Com a propositura da ação, ou em momento posterior, como veremos a seguir, uma das partes deve requerer ao juiz que a receba na forma coletiva (*motion for certification*). [...] A ação proposta não terá natureza coletiva até que o juiz decida que ela tem condições de ser certificada como tal. Esse requerimento pode ser feito seja em uma ação proposta originalmente na forma coletiva, seja em uma ação individual. (GIDI, 2007, p. 193).

Não é apenas nessa fase inicial de certificação que existe o controle da representatividade. Acima foi afirmado que, mesmo depois da certificação, o magistrado poderá analisar a adequação do representante, pois é “dever do juiz monitorar de perto a adequação do representante durante todas as fases do procedimento, da propositura da ação até o final. Esse controle deve ser feito *ex officio*.” (GIDI, 2007, p.102).

Cruz e Tucci destaca as características da *class action* em relação ao direito discutido em juízo, dizendo que deve haver necessidade de pluralidade de interessados, podendo ser determinados ou determináveis, sendo impraticável a atuação conjunta dos interessados, porém o objeto deverá guardar relação com todos os membros integrantes do grupo; deverá haver, ainda, a possibilidade de qualquer componente da classe atuar, sem necessidade da autorização dos demais, bastando que seja titular de uma posição jurídica análoga à dos demais; o juiz possui amplos poderes, seja na condução da ação, seja na delimitação do objeto posto para sua apreciação; é assegurado o devido processo através da representação adequada, e os limites subjetivos da coisa julgada ocorrem indiscriminadamente, desde que os membros ausentes tenham sido devidamente notificados. (CRUZ E TUCCI, 1990, p. 34).

As noções sobre a representatividade adequada no sistema norte-americano não são o objetivo central do presente estudo, por isso o princípio não foi analisado de forma pormenorizada, contudo é importante para se identificar o quanto o processo coletivo previsto no sistema norte americano é serio e eficiente. De tudo o que foi exposto, constata-se que o objetivo central do controle da adequada representação é o de evitar conluio e fraudes.

Uma característica marcante da representatividade adequada é a de que esta decorre do princípio do devido processo legal. Assim, analisadas as características da legitimidade no processo coletivo norte-americano, cumpre agora traçar seus contornos no processo coletivo brasileiro.

3.4.1 Legitimidade para agir nas ações coletivas do Código de Defesa do Consumidor

O Código de Defesa do Consumidor implementou inúmeras mudanças na relação contratual, trazendo uma série de proteções à parte dita hipossuficiente – o consumidor –, o que acarretou inegáveis reflexos, tanto no plano material como no plano processual, que é o que nos interessa nesta pesquisa.

O Título III do CDC cuida da parte processual desse microsistema, que vai do art. 81 ao art. 104, onde se tratou da defesa do consumidor em juízo no âmbito individual e também no âmbito coletivo. Cumpre registrar que no CDC há outros dispositivos de natureza processual fora do mencionado título: inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII); assistência judiciária ao consumidor carente (art. 5º, inciso I).

Percebe-se que o legislador buscou não apenas regular o direito material do hipossuficiente, mas também dotá-lo de mecanismos processuais para o exercício desses direitos.

No que se refere à tutela coletiva, a Lei 8.078/90 tratou de forma pormenorizada os seus mais variados aspectos, trazendo definições expressas, em seu bojo, sobre quais os direitos ou interesses coletivos, bem como suas definições; cuidou da legitimação para exercício desses direitos; tratou da coisa julgada em cada tipo de direito ou interesse discutido na ação.

Anota Almeida, em análise aos ensinamento de Grinover, que:

[...] observa-se que a defesa dos consumidores foi ampliada aos bens indivisivelmente considerados com a previsão de defesa dos direitos ou interesses difusos e coletivos *stricto sensu* dos consumidores. Foi também instituída uma nova forma de tutela coletiva voltada para defesa dos denominados direitos ou interesses individuais homogêneos – é a ação coletiva ressarcitória dos danos pessoalmente sofridos pelos consumidores ou pelas vítimas dos produtos ou serviços (art. 81, III, e Capítulo II do Título III, arts. 91 e.) - , com a adoção, no sistema brasileiro, não obstante com roupagem própria, das *class actions for damages* do sistema *common law*. (ALMEIDA, 2003, p. 362)

É, portanto, o artigo 81 do diploma consumerista que inicia o tratamento da tutela coletiva do consumidor em juízo, trazendo o que a doutrina denomina de classificação tripartida dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Abaixo será analisado cada um desses direitos ou interesses.

Como se viu, a legitimação para agir no processo civil clássico volta-se para solução dos conflitos individuais, visto seu caráter liberalista. Porém, nos processos coletivos a mesma técnica não pode ser utilizada, dadas as suas peculiaridades.

Para tornar possível a tutela coletiva de direitos, foi necessário o rompimento com a forma clássica de solução de conflitos, contando com resistência dos operadores do direito. A propósito, Mancuso assevera que:

A noção clássica do interesse processual revela, como resulta dos vários conceitos doutrinários, uma certa resistência a que a ação judicial perca seu caráter privatístico, original e tradicional: 'Actio autem nihil aliud est, quam ius persequendi idicium quod sibi debetur'. Dentro dessa concepção, as pretensões de natureza superindividuais, concernentes à sociedade civil ou mesmo a grupos não suficientemente definíveis, careciam da necessária *concretezza* e determinação, sendo assim mais propriamente tuteláveis em sede legislativa ou da pública administração. Hoje se está reclamando a alteração desse quadro, mas isso não se faz abrupto, mas lenta e gradativamente, até que se chegue a uma nova ruptura com os padrões tradicionais, agora deslocando-se a situação legitimante para o dado da relevância social do interesse a ser tutelado, distanciando-se, assim, do critério milenar da titularidade do direito subjetivo ameaçado ou violado. (MANCUSO, 2004, p.164)

Portanto, foi preciso inovação legislativa em relação à regra clássica de legitimidade, para permitir que um terceiro pudesse agir em juízo representando um grupo ou classe que teve direitos ameaçados ou violados.

A questão da legitimação em processos coletivos não é pacífica na doutrina, contudo, é majoritário o entendimento de que esta se dá por via de substituição processual. No entanto, sustenta parte da doutrina que seria a legitimação extraordinária por substituição processual apenas para a defesa dos interesses individuais homogêneos, e autônoma para os demais (interesses difusos ou coletivos). (NUNES, 2009, 767-768).

Neste sentido, pontuam Nery Júnior e Nery:

A dicotomia clássica legitimação ordinária-extraordinária só tem cabimento para a explicação de fenômenos envolvendo direito individual. Quando a lei legitima alguma entidade a defender direito não individual (coletivo ou difuso), o legitimado não estará defendendo direito alheio em nome próprio, porque não se pode identificar o titular do direito. Não poderia ser admitida ação judicial proposta pelos “prejudicados pela poluição”, pelos “consumidores de energia elétrica”, enquanto classe ou grupo de pessoas. A legitimidade para a defesa dos direitos difusos e coletivos em juízo não é extraordinária (substituição processual), mas sim legitimação autônoma para a condução do processo (*selbsändige Prozeßführungsbefugnis*): a lei elegeu alguém para a defesa de direitos porque seus titulares não podem individualmente fazê-lo. (NERY JÚNIOR; NERY, 1997, p. 1866)

Para Mancuso, a legitimação das associações seria ordinária, pois quando se está defendendo interesse difuso ou coletivo a previsão encontra-se em seus fins institucionais. (MANCUSO, 2001, 132-135).

Ainda que a doutrina não seja pacífica em relação à legitimação extraordinária, dúvidas não há de que não se pode partir do conceito de legitimidade no processo individual para localizar qual será o legitimado que irá compor um dos polos do processo coletivo, haja vista ausência de similitudes entre os dois tipos de legitimação.

Venturi assina que:

[..] qualquer conclusão a que se chegue sobre a natureza jurídica da legitimação ativa para a propositura de demandas coletivas, se alicerçadas sob os paradigmas do processo civil individual, contrapondo-se legitimação ordinária vs. legitimação extraordinária, está fadada a não ser considerada ne correta, nem incorreta, mas sim desfocada ou descontextualizada. (VENTURI, 2007, p. 214).

Isso porque, nada obstante a possibilidade de um dos titulares do direito coletivo poder figurar como legitimado a postular em nome da classe ou grupo, o legitimado coletivo será aquele que supostamente possui as melhores condições de representar os interesses do grupo em juízo.

Quanto à legitimação coletiva pode-se dizer em um primeiro momento que a opção brasileira foi pelo sistema *ope legis*, já que as leis que cuidam do tema

estabelecem um rol de legitimados, estando concentrados na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor.

Neste sentido o artigo 5º da Lei 7.347/85 dispõe que podem propor ação coletiva os seguintes legitimados: o Ministério Público; a Defensoria Pública; a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; a associação que, concomitantemente, esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil, inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Neste caso o Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei. É facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes.

Já o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor prescreve que:

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

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

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

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

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum. (BRASIL, 1990)

Nada obstante a crença de que a opção legislativa foi a da legitimação *ope legis*, da leitura dos dispositivos acima, conclui-se que a intenção do legislador foi de ampliar o rol de legitimados ativos, tanto na lei da ação civil pública, como no Código de Defesa do Consumidor. Trata-se de legitimidade autônoma e concorrente entre todos os legitimados, não havendo se falar em predominância ou subordinação entre os entes.

Não há nas leis em vigor no sistema jurídico brasileiro nenhuma limitação quanto às espécies dos direitos a ser tutelados pelos referidos legitimados. Desta forma, ainda que não existisse nenhuma pertinência temática entre o legitimado e o direito tutelado, estaria o postulante legitimado à propositura da ação. Tal entendimento perdurou durante muito tempo.

Conforme pondera Grinover, o CDC em seu art. 83 dispõe que “para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código, são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela” (GRINOVER, 2011, p.1). Portanto, o que o legislador quis foi assegurar a ampla e irrestrita tutelabilidade das questões atinentes às relações consumeristas, reforçando a efetividade do processo.

Acima foi dito que em um primeiro momento o legislador brasileiro parece ter optado pelo sistema *ope legis*, no que tange à legitimação de agir nas ações coletivas, ou seja, é a lei que define os legitimados. Contudo, em análise crítica à suposta opção legislativa, Vigliar (2007, p. 315) pondera que no ordenamento jurídico brasileiro vigora o sistema que ele intitula “misto”, isto é, o legislador enumera um rol de legitimados, mas o Judiciário poderá fazer o controle dessa legitimação adequada.

A propósito cita-se o seguinte julgado:

RECURSO ORDINÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - LEGITIMIDADE ATIVA DAS ASSOCIAÇÕES E SINDICATOS - POSSIBILIDADE DE DEFESA DE INTERESSES DE APENAS ALGUNS ASSOCIADOS, DESDE QUE NÃO SEJAM DIVERGENTES DOS INTERESSES DO RESTANTE DA CATEGORIA - DECADÊNCIA - PRESTAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO - NÃO OCORRÊNCIA - LEI DELEGADA Nº 43/00 DO ESTADO DE MINAS GERAIS - ENUNCIADO 266 DO STF - INEXISTÊNCIA DE DIREITO ADQUIRIDO A REGIME JURÍDICO - RECURSO IMPROVIDO.

[...]

2. As associações têm legitimidade para proporem mandado de segurança, na defesa de interesses da categoria, ainda que de alguns associados, desde que os interesses defendidos não sejam divergentes dos interesses dos demais associados.

3. Não cabe mandado de segurança contra lei em tese. Enunciado nº 266 da Súmula do STF.

4. Consoante jurisprudência uníssona desta Corte, inexistente direito adquirido à regime jurídico.

5. Recurso a que se nega provimento." (RMS 19.803/MG, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 23/08/2005, DJ 10/10/2005 p. 437)

No aresto acima transcrito em seu item 2, o ministro relator demonstra que a legitimidade em ação coletiva, no caso mandado de segurança coletivo, pode ser verificada em cada caso, podendo haver intervenção do juiz na *certificação* dessa legitimidade, eis que expressamente mencionado que é possível a defesa dos interesses da categoria, mesmo que de apenas alguns associados, desde que os interesses não sejam conflitantes com os interesses dos demais associados.

3.5 A coisa julgada

No estudo do Direito Processual Civil a correta análise da coisa julgada possui alta relevância, pois é através dela que os efeitos serão gerados na esfera jurídica dos participantes da relação jurídica travada em torno do objeto.

A coisa julgada pode ser compreendida como “efeito do trânsito em julgado da sentença de mérito, efeito consistente na imutabilidade (e, conseqüentemente, na indiscutibilidade) do conteúdo de uma sentença, não de seus efeitos.” (TESHEINER, 2002, p. 72).

Para compreender o fenômeno da coisa julgada, é imperioso tecer uma breve abordagem histórica de seu desenvolvimento.

Segundo Batista (2005), o processo romano se desenvolveu em três fases históricas – arcaica, clássica e pós-clássica, que corresponderam a três períodos: o da *legis actiones*, o qual teve início em 754 a.C, com a fundação de Roma e durou até 149 a.C; depois veio o período *per fomulas*, que se iniciou em 149 a.C e se encerrou em 285-305 d.C; após, iniciou-se o período da *cognitio extra ordinem*, que teve início com o principado de Otaviano Augusto e durou até o fim do império romano.

No Direito Romano, desde o período das *legis actiones*, já havia a preocupação com a coisa julgada. Isso porque um conflito não poderia se estender pela eternidade, contudo, não era realizada uma análise mais acurada sobre o instituto. A justificava, portanto, era a de conferir segurança jurídica à resolução do conflito.

Entretanto, ainda que não realizada mais aprofundada análise da coisa julgada pelos romanos, certo é que já havia uma preocupação daquele povo em estabelecer critérios para se identificar a existência da coisa julgada. Assim, caso fosse verificado que no processo era discutido o mesmo objeto, a mesma causa de pedir e a mesma parte, em igual condição que participou no processo anterior, o réu tinha a faculdade de opor exceção de coisa julgada.

Valiosa a lição de Neves sobre a evolução do instituto no Direito Romano:

Enquanto a coisa julgada, no período clássico é a *res*, a questão sobre que versa o *iudicatum* e que permite falar-se de uma *res de qua agitur*, de uma *res in iudicium deducta* e, conseqüentemente, de uma *res iudicata*, no processo *extra ordinem* esta última expressão, paralelamente ao conceito novo de *sententia* – porque deixa de ser um antecedente lógico do *iudicatum* para constituir-se no próprio ato que condena ou absolve – passa a significar a força legal desse ato do magistrado. (NEVES, 1971, p.28)

Portanto, a *res iudicata* apresentava duas características: a primeira era que o julgado tinha eficácia apenas entre as partes participantes do processo, e a segunda consistia no fato de não ser mais possível uma nova ação em que fosse discutido o mesmo objeto.

A coisa julgada mantinha-se com a dupla função preclusiva (impeditiva de novo exame da mesma res) e prejudicial (ou positiva: em causa seguinte, que pressupusesse a relação ou situação objeto da decisão anterior, essa teria de ser necessariamente observada). (TALAMINI, 2005, p.207)

Salienta-se que a coisa julgada do direito romano ganhou uma nova roupagem no direito moderno e no direito contemporâneo. Várias foram as teorias sobre a coisa julgada desenvolvidas pelos estudiosos do direito processual, dentre os quais se destacam: Chiovenda, autor da teoria da eficácia reflexa da coisa julgada a terceiros; Allorio, que desenvolveu a teoria da eficácia reflexa; Liebman, que propôs a teoria da eficácia natural.

É notória a preocupação da ciência jurídica, como um todo, com o propósito de alcançar certeza e segurança jurídica e também a busca por um ideal de justiça na resolução dos conflitos, eis que são postulados básicos na organização de qualquer sociedade. Isto porque o fim do processo é a realização da paz, e não o incentivo ou a continuação de conflitos. Daí ser necessário um provimento final por parte do Estado-juíz e, com isso “garantir a estabilidade das relações sociais da ordem pública e dos direitos subjetivos, pela autoridade da coisa julgada.” (BATISTA, 2005, p.102).

É medida imperiosa a certeza, a segurança jurídica e um direito justo. Em qualquer ordenamento jurídico, não há razão para duvidar que a coisa julgada seja uma das maiores expressões na consagração desses valores.

A coisa julgada pode ser visualizada sob os aspectos material e formal. O aspecto material consiste na imutabilidade dos efeitos do provimento final de mérito, podendo ser o julgado de natureza condenatória, constitutiva, declaratória, ou ainda de improcedência.

Diante da coisa julgada material qualquer magistrado é obrigado a seguir o comando sentencial sobre o qual recaiu a coisa julgada, ao julgar processo ulterior envolvendo as partes cujo resultado dependa do processo de que já se formou a coisa julgada. (TALAMINI, 2005).

A estabilização das decisões judiciais é questão de ordem pública, não atingindo apenas as partes envolvidas no processo, já que é “condição essencial para que possam os jurisdicionados confiar na seriedade e na eficiência do funcionamento da máquina judicial”. (BARBOSA MOREIRA, 2007, p. 246).

De outra banda o aspecto formal se verifica na impossibilidade de a sentença ser revista dentro do mesmo processo no qual foi proferida, isso depois de ocorrer seu trânsito em julgado. Destarte, a coisa julgada formal não permite a impugnação da decisão no processo em que foi proferida, tornando-a imodificável, tendo em vista a preclusão recursal. (PORTO, 2006).

Nesse sentido, sublinha Tesheiner:

A sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário, transita formalmente em julgada. Há imutabilidade restrita ao processo em que se proferiu a sentença. Se não foi interposto recurso cabível, a sentença transita formalmente em julgado e não mais pode ser modificada, no mesmo processo, pela simples razão de que ele se extinguiu. (TESHEINER, 2002, p. 73).

3.5.1 A coisa julgada no Código de Processo Civil

A Constituição de 1934 estabeleceu no art. 113, 3, do texto constitucional, que a lei não poderá prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Contudo, o instituto da coisa julgada não constou na Constituição de 1937, voltando a figurar na Constituição de 1946, no art. 141, §3º, com a mesma redação dada pela Carta de 1934. Na Constituição de 1967 a redação foi mantida, porém no art. 150, §3º. Ocorre que a partir da promulgação da Constituição da República de 1988 a coisa julgada alcançou *status* de direito fundamental, sendo positivada através do art. 5º, inciso XXXVI. O referido dispositivo constitucional prescreve a inviolabilidade da decisão transitada em julgado.

Mas foi o Código de Processo Civil de 1939 que traçou a orientação da coisa julgada, fixando seus limites objetivos e subjetivos. No estudo da coisa julgada é importante o tratamento de tais limites – objetivo e subjetivo.

Sobre os limites objetivos da coisa julgada, Marques ensina que “a coisa julgada material tem como limites objetivos a lide e as questões pertinentes a esta que foram decididas no processo” (MARQUES, 1982, p.238). Portanto, é a partir da substância do processo, ou do pronunciamento do juiz acerca do objeto discutido em juízo que são determinados os limites objetivos da coisa julgada.

Atualmente tem-se que a coisa julgada se opera pela parte dispositiva da sentença, é o que se infere da leitura do artigo 469 do Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 469. Não fazem coisa julgada:

- I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;
- II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;
- III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Theodoro Junior, analisando o inciso I do dispositivo transcrito, afirma que:

Os motivos, ainda que relevantes para a fixação do dispositivo da sentença, limitam-se ao plano lógico da elaboração do julgado. Influenciam em sua interpretação, mas não se recobrem no manto de intangibilidade, que é próprio da *res judicata*. O julgamento, que se torna imutável e indiscutível, é a resposta dada ao pedido do autor, não o “porquê” dessa resposta (THEODORO JUNIOR. 2007, p. 606).

Prescreve o inciso II do artigo 469 do CPC, acima transcrito, que não faz coisa julgada “a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença”. Sobre o dispositivo em comento, Aragão sustenta que:

O segundo inciso [do artigo 469 do CPC], pois, é natural da decorrência do primeiro; se os motivos da sentença não fazem coisa julgada, muito menos a verdade dos fatos estabelecida como fundamento da sentença iria fazê-lo. Nenhum juiz, em outro processo, ficará vinculado ao que a sentença houver admitido e deverá reapreciar livremente os fatos para formar o seu convencimento. (ARAGÃO, 1992, p. 253).

De igual sorte as questões prejudiciais apreciadas também não fazem coisa julgada, mas Theodoro Júnior esclarece que:

A decisão da questão prejudicial, feita *incidenter tantum*, possui eficácia limitada à preclusão, no sentido de se impedir que a mesma questão seja suscitada novamente no mesmo processo. Fora desse processo, pode essa questão ser novamente debatida, porque absolutamente não se lhe estendeu a coisa julgada. A solução da questão prejudicial poderá excepcionalmente, apresentar a eficácia de coisa julgada quando a parte interessada requerer a declaração incidental a que aludem os arts. 5º. e 325 do Código de Processo Civil (art. 470), porque então a lide terá sido ampliada para englobá-la, também, como uma de suas questões internas (THEODORO JÚNIOR. 2007, p. 609).

Por seu turno, Grinover em análise aos limites objetivos da coisa julgada, amplia o papel interpretativo dos motivos ao sublinhar que:

[...] é lícito concluir que, assim como o pedido deve ser visto e entendido à luz da causa de pedir (ambos compondo o objeto do processo, isto é, a pretensão), o dispositivo só pode ser interpretado à luz dos motivos, sendo todos eles, conforme já demonstrado à saciedade, determinantes da extensão objetiva dos efeitos da sentença e da autoridade da coisa julgada”. (GRINOVER, 2002, p. 28)

Já os limites subjetivos da coisa julgada vêm tratados no artigo 472 do Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 472 - A sentença faz coisa julgada às partes entre às quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros. Nas causas relativas ao estado de pessoa, se houverem sido citados no processo, em litisconsórcio necessário, todos os interessados, a sentença produz coisa julgada em relação a terceiros.

O instituto da coisa julgada tal como posto no Código de Processo Civil vigente é de cunho individualista, porém, seus limites subjetivos vêm sofrendo mitigação para ser possível sua aplicação nas ações coletivas, conforme será visto em momento oportuno.

3.5.2 A coisa julgada nas ações coletivas do Código de Defesa do Consumidor

A coisa julgada no Processo Civil clássico foi retratada acima, porém para o presente estudo torna-se necessário saber como funciona o instituto no âmbito do direito processual coletivo.

A coisa julgada, juntamente com a legitimação para agir, constituem pontos-chave para o correto enquadramento do processo coletivo. A propósito, Grinover anota que:

[...] os pontos sensíveis de qualquer processo civil coletivo residem na adequada estruturação dos esquemas da *legitimação ativa* e da *coisa julgada*, que tiveram que passar por profunda revisão, a fim de que se rompessem os grilhões que, de um lado, exigiam a rigorosa correspondência entre a titularidade do direito material e a titularidade da ação e, de outro, não aceitavam exceções ao princípio da coisa julgada estritamente confinada às partes, quanto a seus limites subjetivos. (GRINOVER, 2000, p.51)

No que diz respeito aos limites subjetivos da coisa julgada, é notório que, caso seja aplicada uma delimitação rigorosa em sua extensão, poderia acarretar uma barreira que faria com que o processo coletivo se tornasse inviável.

Leonel destaca que:

A necessidade de reconhecimento de maior extensão aos efeitos da sentença coletiva é conseqüência da indivisibilidade dos interesses tutelados (material ou processual), tornando impossível cindir os efeitos da decisão judicial, pois a lesão a um interessado implica a lesão a todos, e o proveito a todos beneficia. É a indivisibilidade do objeto que determina a extensão dos efeitos do julgado a quem não foi parte no sentido processual, mas figura como titular dos interesses em conflito. (LEONEL, 2002, p. 259).

Diante disso, repita-se, a coisa julgada calcada num processo civil que se volta aos conflitos individuais não é suficiente para atender às chamadas demandas de massa.

A coisa julgada nas ações coletivas no Código de Defesa do Consumidor está regulada através de seus artigos 103¹⁷ e 104¹⁸, que derivaram, por sua vez, do art. 18 da Lei da Ação Popular, que assim dispõe:

Art. 18 – A sentença terá eficácia de coisa julgada oponível erga omnes, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova; neste caso qualquer cidadão poderá intentar outra ação com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova. (BRASIL, 1977).

¹⁷ Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81. § 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe. § 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual. § 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99. § 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

¹⁸ Art. 104. As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.

Como visto, a coisa julgada nos processos coletivos possui contornos bastante diferenciados, o que a afasta do modelo tradicional do processo civil nacional. Salienta-se que, apesar de a disciplina da coisa julgada estar situada no Código de Defesa do Consumidor, pode-se afirmar que tal instituto se aplica a todas as ações coletivas, por força do art.117¹⁹ do próprio diploma consumerista.

Grinover (2005) entende que toda a disciplina da coisa julgada, em se tratando de ações coletivas, encontra-se inserta no art. 103 do Código de Defesa Consumidor. Por outro lado, Gidi (1995, p.112) sustenta que tal diploma restringe-se aos seus limites objetivos, porém ressalta que este é seu aspecto mais relevante, em se tratando de ações coletivas.

O Código de Defesa do Consumidor, conforme anotado no item 4.2 e subitens, trouxe em seu bojo o conceito de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, trouxe ainda disposição sobre a coisa julgada nas ações coletivas, cuidando, portanto, de disciplinar como a coisa julgada age em relação aos direitos transindividuais deduzidos na pretensão.

As disposições contidas no artigo 103²⁰ do referido diploma legal estabelecem que a sentença fará coisa julgada *erga omnes* quando estiver tutelando direitos difusos e individuais homogêneos; já quando estiver tratando de direitos coletivos a sentença terá eficácia *ultrapartes*, contudo limitada ao grupo, categoria ou classe.

¹⁹ Art. 117. Acrescente-se à Lei nº 7.347, 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".

²⁰ Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: I - erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81; II - ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas, nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81; III - erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81. § 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe. § 2º Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual. § 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99. § 4º Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.

No sistema processual tradicional, a coisa julgada opera *pro et contra*, isto é, independentemente do resultado. Assim, a procedência ou improcedência fará coisa julgada, tornando-se imutável, não podendo ser renovada.

Nas ações coletivas a coisa julgada será *secundum eventus litis*, ou seja, a imutabilidade da sentença é condicionada ao resultado do processo e a extensão será *in utilibus* – para beneficiar – dos efeitos do julgado a terceiros que não participaram da demanda proposta, de forma favorável e quando for útil ao indivíduo interessado na resolução da demanda coletiva. (LEONEL, 2002, p.270). Significa que os efeitos do trânsito em julgado da sentença nas ações em que são discutidos direitos transindividuais, somente atingirão os demais interessados dependendo de seu resultado – se procedente ou não – e de sua fundamentação – caso improcedente por insuficiência de provas.

Ensina Talamini (2005, p.126) que, no caso de improcedência da ação coletiva por insuficiência de provas, a sentença não faz coisa julgada material, tanto em face de terceiros, quanto *inter partes*.

De fato os incisos I e II do artigo 103 do Código de Defesa do Consumidor trazem uma ressalva quanto à eficácia da coisa julgada, qual seja, a improcedência da ação por insuficiência de provas. Em tais casos qualquer legitimado poderá ajuizar nova ação coletiva para rediscutir a causa, mas deverá apresentar nova prova.

Sobre o assunto, Gidi ensina que:

A apresentação de nova prova é critério de admissibilidade para a repositura da ação coletiva. Por isso, o autor coletivo deve manifestar, logo na petição inicial, a prova que pretende produzir. Deverá então o magistrado, “*in limine litis*”, convencer-se de que a prova é efetivamente nova e poderá ensejar, ao menos potencialmente, uma decisão diversa. (GIDI, 1995, p. 135)

O problema neste caso é saber o que seria nova prova. Braga ensina que seria todo e qualquer elemento probatório, desde que não tenha podido ser produzido na instrução da demanda julgada improcedente por ausência de provas, seja em virtude de

impossibilidade física ou por falta de ciência do legitimado de sua existência. (BRAGA, 2000).

Desta forma, prova nova será aquela em que, por manifesta impossibilidade, não fora produzida na ação coletiva anterior, sendo que nos demais casos operará a coisa julgada, não podendo o legitimado ajuizar uma nova ação após o trânsito em julgado da sentença invocando prova nova.

Arruda Alvim anota que são lançadas críticas doutrinárias a respeito da adoção desta técnica, uma vez que há a possibilidade de o réu ser demandado por um número indeterminado de vezes, ou ainda um desequilíbrio entre as partes demandantes, bem como decisões contraditórias. (ARRUDA ALVIM, 2007, p.177).

Com relação às críticas apontadas, Grinover, Watanabe e Gidi, revendo a questão propuseram alteração no § 1º do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor, que atualmente possui a seguinte redação, *verbis*:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:
[...]
§ 1º Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.

Através da alteração proposta pelos autores no art. 30 do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, ficaria com a seguinte redação:

Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:
[...]
§1º Mesmo na hipótese de improcedência fundada nas provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento, quando surgir prova nova, superveniente, que não poderia ter sido produzida no processo.

Sobre a referida proposta, Grinover anota que:

[...] restringimos a possibilidade de reabertura do novo processo à hipótese de provas que não existiam à época do primeiro processo, e que, portanto, não poderiam ter sido produzidas. Essa ideia também pode abrir perspectivas

para uma visão mais ampla da coisa julgada *rebus sic stantibus*, em que não é a situação de fato que muda, mas em que se concretiza uma prova nova, superveniente, sobre o fato. (GRINOVER, 2011, p. 200)

No que tange à interpretação dos termos *erga omnes* e *ultrapartes*, Gidi entende que são termos sinônimos. Mas sustenta o autor que o legislador poderia ter utilizado a expressão *ultrapartes* para todos os casos, já que a expressão *erga omnes*, afirma o doutrinador, dá impressão de que atinge a todos, e o termo *ultraparte* atinge apenas alguns. (GIDI, 1995, p. 108-109). Ou seja, atingiria apenas aos que tiveram sua esfera jurídica atingida pelo evento danoso.

Conforme afirma Batista, a coisa julgada *in utilibus* significa que a extensão da imutabilidade da sentença se estende a terceiros apenas para beneficiar, jamais para prejudicar. (BATISTA, 2005, p.147). É o que se depreende do disposto nos parágrafos 3º e 4º do art. 103 do Código de Defesa do Consumidor.

Sobre o parágrafo 3º do dispositivo retrocitado, Grinover aduz que o legislador inovou em relação aos princípios da coisa julgada, eis que inegavelmente inspirado no princípio da economia processual e nos requisitos da coisa julgada *secundum eventum litis*, e ainda na ampliação do objeto litigioso, posto que expressamente autoriza o transporte, *in utilibus*, da coisa julgada decorrente da sentença proferida em sede de ação civil pública para as ações individuais de indenização por danos pessoalmente sofridos. Significa, pois, que em caso de procedência da ação civil pública, o Código de Defesa do Consumidor, por economia processual, estende os limites da coisa julgada a todas as pessoas vitimadas pelo evento, bem como a seus sucessores, não havendo necessidade de uma nova sentença. (GRINOVER, 2011, p.204-205).

A coisa julgada nas ações coletivas brasileiras difere do tratamento da coisa julgada no sistema da *class action* norte-americana, afirma Gidi que:

Ao contrário do que acontece no direito processual civil brasileiro, porém, o efeito vinculante da sentença coletiva em face das pretensões individuais dos membros do grupo independe do resultado da demanda ou da suficiência do material probatório disponível ao grupo. Seja a sentença favorável ou contrária aos interesses do grupo (*whether favorable or adverse*), ela está revestida pelo manto da imutabilidade do seu comando em face dos direitos

individuais e coletivos de todos os membros ausentes do grupo. (GIDI, 2007, p. 272)

A razão de ser dessa diferenciação ocorre devido ao prestígio à garantia individual do acesso à justiça, bem como pelo fato de que no ordenamento jurídico brasileiro a legitimidade para agir é definida *ope legis*, ou seja, sem que o magistrado atue no controle judicial da representatividade adequada, embora essa definição *ope legis* não seja absoluta, conforme verificado no item 3.4.1.

Como o magistrado, em tese, não exerce um efetivo controle da representatividade adequada, ao contrário das *class actions* norte-americanas, justifica-se o transporte somente *in utilibus* da coisa julgada, já que a “inadequada” representatividade não prejudicaria terceiros.

Nota-se que o sistema de ações coletivas brasileiro ainda não está pronto no que diz respeito à efetividade da tutela jurisdicional, pelo apego exacerbado às regras postas, sobretudo, o critério de legitimação para agir e o regime da coisa julgada *secundum eventum litis*. Tais características diminuem a eficácia que poderia obter o processo coletivo. Estas características, conforme será verificado em seguida, são o maior argumento utilizado pela parte da doutrina que entende não ser possível a adoção da ação coletiva passiva no ordenamento jurídico pátrio.

4 AS AÇÕES COLETIVAS PASSIVAS

Segundo Maia (2009), uma das primeiras ocorrências de que se tem notícia sobre ação coletiva passiva foi no direito inglês no ano de 1199, no caso *Martin x Parishioners of Nuthampstead*. O caso trazia paroquianos representando toda a comunidade da paróquia, demanda essa que foi proposta pelo Pároco de Barkway para discutir direitos sobre dízimos. Assim, pela primeira vez um grupo foi demandado em nome de toda a comunidade.

Mendes analisando o caso salienta que:

[...] a possibilidade de um povoado ter os seus interesses defendidos por três ou quatro pessoas, independentemente da existência de procurações ou autorizações específicas para tanto, era vista como permitida pelo direito e costumes da época, na medida em que passou a representar uma prática constante e reiterada. (MENDES, 2002, p.45)

Entretanto, foi no direito americano que foi editada a primeira norma a prever as ações coletivas, a *Federal Equity Rule 48*, de 1842, que assim dispunha:

Quando qualquer uma das partes for muito numerosa, e não possa, sem manifesta inconveniência e sufocante demora para a ação, trazer a juízo todas as partes, poderá a corte, discricionariamente, dispensar o ingresso de todos, havendo sujeitos suficientes para representar corretamente todos os diversos interesses dos autores ou dos réus na ação. Mas, em tais casos, a sentença não prejudicará os direitos e pretensões dos ausentes. (GIDI, 2007, p. 501, tradução pelo autor)²¹

Da leitura do dispositivo em apreço, verifica-se uma contradição, visto que, logo de início, permite que “qualquer uma das partes” pode demandar ou ser demandada, desde que preenchidos os requisitos da norma, mas ao final exclui da sentença os ausentes, não os vinculando.

²¹ Where the parties on either side are very numerous, and cannot, 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 the 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.

Contudo essa contradição foi afastada quando da análise do caso *Smith e Swoemstedt*, em 1853, em que a Suprema Corte afastou a interpretação literal da *Rule 48* e decidiu que a sentença vinculava a todos os representados como se estivessem em juízo.

Posteriormente em 1912, a referida norma (*Rule 48*) foi revogada pela *Equity Rule 38*, que foi redigida da seguinte forma:

Quando a questão é de interesse comum ou geral a muitas pessoas constituindo uma classe tão numerosa que torna impraticável trazer todas perante a corte, um ou mais poderão processar ou defender em nome de todas. (GIDI, 2007, p. 501, tradução pelo autor)²²

O texto legal silenciou a respeito do alcance da coisa julgada, porém mais uma vez a Suprema Corte entendeu que a sentença deveria vincular a todos os representados, isso se deu no julgamento do caso *Bem-Hur x Cauble*.

Já em 1938, com o advento das *Federal Rules of Civil Procedure*, as ações coletivas vieram previstas em seu art. 23, que era composto por partes e, na que cuidava da representação, estabelecia tipos de ação coletiva conforme o direito postulado:

a) Representação. Se as pessoas constituindo uma classe forem tão numerosas de modo a tornar impraticável trazê-las todas a juízo, algumas delas poderão, na medida em que, razoavelmente, garantam a representação adequada de todas, demandar ou serem demandadas, em nome de todas, quando o caráter do direito fundamental da ação proposta em face da classe for:

1) conjunto, comum ou secundário no sentido de que o titular de um direito primário se recusa a fazer cumpri-lo e, deste modo, um membro da classe passa a ter o poder de fazê-lo cumprir.

2) isolado, e há uma questão de direito ou de fato comum afetando direitos isolados e uma solução comum é requerida. (GIDI, 2007, p. 503, tradução pelo autor)²³

²² When the question is one of common or general interest to many persons constituting a class so numerous as to make it impracticable to bring them all before the court, one or more may sue or defend for the whole.

²³ (a) Representation. If persons constituting a class are so numerous as to make it impracticable to bring them all before the court, such of them, one or more, as will fairly insure the adequate representation of all may, on behalf of all, sue or be sued, when the character of the right sought to be enforced for or against the class is

(1) joint, or common, or secondary in the sense that the owner of a primary right refuses to enforce that right and a member of the class thereby becomes entitled to enforce it;

(2) several, and the object of the action is the adjudication of claims which do or may affect specific property involved in the action;

Ocorre que a tentativa de melhor organizar as ações coletivas, não foi muito bem sucedida, uma vez que provocou uma grande confusão nos Tribunais, que tiveram dificuldades de restringir os tipos de direitos que serviam de supedâneo para as ações.

Com isso, em 1966 houve uma alteração na redação do art. 23 das *Federal Rules of Civil Procedure*. Essa alteração passou a estabelecer quatro requisitos para propositura de qualquer ação coletiva, cujas regras continuam valendo até a atualidade, quais sejam, numerosidade; questões comuns; tipicidade; representação adequada;

Em análise à ação coletiva passiva no direito norte-americano, Vigliar assinala que o procedimento para as denominadas *defendant class action* na essência não são muito diferentes das ações coletivas ativas. Porém, na ação coletiva passiva, há determinadas peculiaridades:

[...] (a) exige-se, para que ocorra a *certification* – ou seja, a admissibilidade da demanda como *class action* –, que o autor comprove tratar-se de ação coletiva, que será ajuizada em face de um dos *class members* (nas *plaintiff class action* essa incumbência é do representante adequado da coletividade); (b) como decorrência desse ônus, ao autor incumbirá demonstrar a denominada *adequacy of representation*, ou seja, que o *class member*, efetivamente é um representante da classe, apto a representar o grupo na qualidade de demandado (*class representative*); nas *plaintiff class action*, portanto a caracterização da representatividade adequada é ônus do demandante, que dele se desincumbe sob pena de não receber a *certification*; nas *defendant class action*, o autor da demanda deverá demonstrar que há interesses da classe, contrários ao seu e que o *class member* tem condições de representá-la. Alertam os estudiosos os tribunais devem cuidar, de forma especial, para que não ocorram eventuais conluios entre o suposto *class representative* e o autor da demanda coletiva passiva. Acrescenta-se que o *class member* demandado pode – e há notícias jurisprudenciais que o confirmam – negar a sua condição de representante do grupo demandado, surgindo diversas consequências que deverão ser solucionadas pelo juízo competente (desde a determinação da indicação de outro *class member*, passando pela denegação da *certification*, chegando à determinação da manutenção do *class member* por entender que há sim, no caso concreto, a presença da representação adequada). Dispensável mencionar que, admitida a demanda coletiva em face da coletividade, ocorrerá o que se denomina de *collateral estoppel*, ou seja, a extensão dos limites subjetivos da coisa julgada material, que não mais se restringirá ao demandado (*class member* que teve a sua condição de representante adequado reconhecida). A eficácia atingirá a todos do grupo, categoria ou classe de pessoas atingidas pelo resultado da demanda que sofrerão imposição dos efeitos da sentença. (VIGLIAR, 312-313)

Sobre os benefícios deste tipo de ação, Gidi afirma que:

A vantagem de uma *defendant class action* é manifesta nos casos em que há um padrão de conduta ilegal entre um grupo de réus semelhantemente situados, como, por exemplo, várias escolas, penitenciárias, lojas, municípios, cartórios, planos de saúde, franqueados, infratores de uma patente, etc. Com uma única ação coletiva é possível obrigá-los todos a cumprir a lei através de um único processo e uma única decisão, que terá força de coisa julgada em face de todos os membros do grupo. (GIDI, 2007, p.391)

A vantagem referida pelo autor reside no fato de que a demanda, em que foram afirmados direitos individuais ou coletivos, dirige-se contra uma coletividade, titular de uma situação jurídica passiva fundada num dever ou em um estado de sujeição, por exemplo. “Da mesma forma que a coletividade pode ser titular de direitos (situação jurídica ativa), ela também pode ser titular de um dever ou um estado de sujeição (situações jurídicas passivas).”(DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2010, p.400).

4.1 Conceito

Ação coletiva passiva é aquela proposta em face de um grupo, de uma coletividade, de uma categoria, e que tem como objeto direitos ou interesses coletivos, em outras palavras, é a ação que traz a coletividade no polo passivo.

Neste sentido Didier Junior e Zaneti Júnior, afirmam que:

Há ação coletiva passiva quando um agrupamento humano for colocado como sujeito passivo de uma relação jurídica afirmada na petição inicial. Formula-se demanda contra uma dada coletividade. Os direitos afirmados pelo autor da demanda coletiva podem ser individuais ou coletivos (*lato sensu*) – nessa última hipótese, há uma relação duplamente coletiva, pois os conflitos de interesses envolve (*sic*) duas comunidades distintas. (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2010, p. 411)

Maia formula o conceito de ação coletiva passiva dizendo que:

O direito apto a ser legítima e autonomamente exercido, de modo ordinário ou extraordinário, por pessoas naturais, jurídicas ou formais, em face de um ente coletivo com legitimidade extraordinária, conforme possibilidade inferida do ordenamento jurídico, a fim de exigir a prestação jurisdicional, com objetivo de tutelar interesses ou direito homogeneamente lesionados, ou ameaçados de lesão, independentemente de seu caráter individual ou coletivo. (MAIA, 2009, p.53)

Não existem muitas diferenças entre os conceitos adotados pela doutrina para definir a ação coletiva passiva, contudo Gidi faz apenas um alerta ao afirmar que a ação coletiva passiva não pode ser vista como uma ação coletiva ativa às avessas, ao analisar o instituto no direito norte-americano ensina que:

[...] a ação coletiva passiva não deve ser compreendida simplesmente como uma ação coletiva às avessas. Portanto, ela não deve ser utilizada por um potencial réu (em uma futura ação coletiva ativa indenizatória por danos individuais) para obter uma sentença que declare que o seu produto não causou danos aos membros do grupo (sentença declaratória negativa de responsabilidade de danos). Na estrutura processual americana, isso não é uma ação coletiva passiva, mas uma ação coletiva ativa iniciada pelo réu. (GIDI, 2007, p.392).

A propósito o cola-se o seguinte julgado, em que foi proposta uma ação de declaração incidental em face do Sindicato dos Trabalhadores em Telecomunicações:

Processo civil. Recurso especial. Ação coletiva ajuizada por sindicato na defesa de direitos individuais homogêneos de integrantes da categoria profissional. Apresentação, pelo réu, de pedido de declaração incidental, em face do sindicato-autor. Objetivo de atribuir eficácia de coisa julgada à decisão quanto à extensão dos efeitos de cláusula de quitação contida em transação assinada com os trabalhadores. Inadmissibilidade da medida, em ações coletivas.

- Nas ações coletivas, a lei atribui a algumas entidades poderes para representar ativamente um grupo definido ou indefinido de pessoas, na tutela de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. A disciplina quanto à coisa julgada, em cada uma dessas hipóteses, modifica-se.

- A atribuição de legitimidade ativa não implica, automaticamente, legitimidade passiva dessas entidades para figurarem, como rés, em ações coletivas, salvo hipóteses excepcionais.

- Todos os projetos de Códigos de Processo Civil Coletivo regulam hipóteses de ações coletivas passivas, conferindo legitimidade a associações para representação da coletividade, como rés. Nas hipóteses de direitos individuais homogêneos, contudo, não há consenso.

- Pelo panorama legislativo atual, a disciplina da coisa julgada nas ações coletivas é incompatível com o pedido de declaração incidental formulado pelo réu, em face do sindicato-autor. A pretensão a que se declare a extensão dos efeitos de cláusula contratual, com eficácia de

coisa julgada, implicaria, por via transversa, burlar a norma do art. 103, III, do CDC.

Recurso improvido. (REsp 1051302/DF, Rel. Ministra Nancy Andrichi, TERCEIRA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJE 28/04/2010)²⁴

Definido o instituto das ações coletivas passivas torna-se importante verificar suas espécies e classificação, o que será realizado em seguida.

4.2 Espécies e classificação

Quanto às espécies de ação coletiva passiva, tem-se que elas podem ser de duas espécies, ordinária ou comum, e duplamente coletiva. A primeira seria a ação coletiva comum ou ordinária, segundo a qual no polo ativo da demanda figuraria uma ou mais pessoas, em face de uma dada coletividade. Cita-se como exemplo uma ação de interdito proibitório ajuizada por determinada empresa em face do sindicato que ameaça sua posse com o propósito de deflagrar uma greve. Assim, no polo ativo estaria uma pessoa apenas e no polo passivo estaria o sindicato representando os interesses da categoria. (MAIA, 2009, p. 53)

Gidi traz alguns exemplos desta espécie de ação coletiva:

[...] a ação coletiva poderá ser utilizada quando todos os estudantes de uma cidade ou de um Estado tiverem uma pretensão contra todas as escolas, cada um desses grupos sendo representado por uma associação que os reúne. Igualmente, ações coletivas poderão ser propostas contra lojas, cartórios, órgãos públicos, planos de seguro-saúde, prisões, fábricas, cidades etc., em benefício de consumidores, prisioneiros, empregados, contribuintes de impostos ou taxas ou mesmo em benefício do meio ambiente. (GIDI, 2007, p. 412)

A outra espécie de ação coletiva passiva é a duplamente coletiva, que ocorrerá quando estiverem em cada um dos polos do processo uma coletividade. Exemplo dessa espécie são os litígios trabalhistas coletivos, em que a relação processual é composta

²⁴ REsp 1051302/DF, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 23.03.2010, DJE 28/04/2010.

pelo sindicato patronal em um lado e o sindicato dos empregados no outro, onde se discutem situações jurídicas coletivas. (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2010, p. 415).

Portanto, a espécie de ação coletiva irá depender da parte que estará presente em juízo no polo ativo do processo.

As ações coletivas passivas podem ser classificadas como independentes ou originárias e incidentais ou derivadas.

Maia (2009, p.54) preleciona que as ações coletivas passivas originárias são aquelas que não têm qualquer dependência com uma ação coletiva ativa. Elas decorrem apenas de uma relação jurídica de direito material comum, como por exemplo uma ação possessória que é movida por um fazendeiro em face do Movimento dos Trabalhadores Sem Terra. Já as ações coletivas passivas incidentes ou derivadas, são aquelas decorrentes da existência das ações coletivas ativas ou duplamente coletivas. O autor utiliza como exemplo a ação rescisória de ação coletiva ativa. Desta feita, ocorrerá a inversão dos polos para ser formada a nova relação processual.

4.3 Tese da inadmissibilidade das ações coletivas passivas no Código de Defesa do Consumidor

Há muita resistência por parte da doutrina brasileira sobre a possibilidade de a coletividade ser demandada. Essa parcela sustenta esse entendimento em face da omissão legislativa sobre o tema e na sua postura indicativa ativa, posto que nas ações coletivas sempre se faz menção à palavra autor e nunca réu ou demandado.

Neste sentido, o escólio de Leonel, nos seguintes termos:

Os dispositivos que tratam da legitimação falam em propositura de ações coletivas, e não em resposta a ações propostas (art. 5º da Lei n. 7.347/85;

art.3º da Lei n. 7.853/89; art. 1º da Lei n. 7.813/89; art. 91 da Lei n. 8.078/90 e art. 29 da Lei n. 8.884/94, que, ao usar a expressão ‘poderão ingressar em juízo’, deixa claro, no contexto, que se refere ao ajuizamento de ação; do mesmo modo, o art. 210 da Lei n. 8.069/90 que, ao utilizar a expressão ‘para ações cíveis fundadas em interesses coletivos’, deixa claro que o fundamento da ação é o interesse metaindividual, e, portanto, a legitimação tratada é a ativa). Daí a impossibilidade de reconvenção em ação coletiva, pois a coletividade figuraria como demandada na ação reconvenicional. (LEONEL, 2002, p. 206).

Esta parcela da doutrina sustenta, ainda, que não é possível a aplicação da ação coletiva passiva no ordenamento nacional pelo fato de que a opção do legislador no que tange à legitimidade é pelo sistema *ope legis*, ou seja, é a lei que estabelece os legitimados para agir, o que implica na impossibilidade de analisar a adequada representação do polo passivo, fazendo com que não seja possível a extensão da coisa julgada aos ausentes na demanda, sob pena de ferir o devido processo legal e o contraditório. (DINAMARCO, 2001, p. 218).

Mazzili possui uma visão interessante sobre o assunto, pois o autor não admite a legitimação passiva das associações no que tange à substituição da categoria representada (salvo se houver deliberação assemblear), mas sustenta a possibilidade de legitimação passiva de órgãos estatais em substituição à coletividade de pessoas, formando-se coisa julgada somente em benefício da classe representada. (MAZZILI, 2004, p. 218).

Arruda Alvim (2007), comentando o artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor e verificando sobre a possibilidade dos legitimados previstos no artigo 82 poderem ser réus em ação autônoma ou em reconvenção, conclui, após interpretação conjunta dos artigos 81, 82 e 103 do referido Diploma Legal, que a ação coletiva só poderá ser proposta pelos representantes adequados, não sendo possível a propositura de ação coletiva contra esses representantes.

Vigliar destaca que a interpretação mais limitada dos termos empregados pelo legislador, pelos que defendem a impossibilidade e de legitimação passiva, poderia ser justificada em razão de que:

[...] sempre imaginamos a sociedade como credora da tutela jurisdicional coletiva. Sempre concebemos os representantes adequados como aqueles que

se dedicam a curar, em juízo, os interesses mais caros e frágeis da sociedade. Certos interesses transindividuais (como é o caso dos difusos) que não pertencem individualmente a ninguém em particular, mas a todos simultaneamente, correriam o risco de não serem defendidos em juízo, não fosse a substituição processual que se viabiliza pelas ações coletivas. (VIGLIAR, 2007, p. 315).

Em síntese os argumentos utilizados pela doutrina no que tange à adoção da ação coletiva passiva no Código de Defesa do Consumidor são: a ausência de lei sobre a coletividade ser demandada; o fato de que a representatividade adequada no processo coletivo brasileiro se dá *ope legis*, não possuindo o juiz, na visão dessa parcela doutrinária, nenhum poder na verificação do representante adequado, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos da América, onde o juiz exerce papel ativo na verificação se de fato o representante que se apresenta em juízo possui competência para representar a coletividade.

Desta feita, em sendo a legitimidade para agir decorrente da lei e não havendo lei que estabeleça a legitimidade para agir no polo passivo, não haveria se falar em extensão dos limites subjetivos da coisa julgada, na visão da corrente contrária à adoção da ação coletiva passiva no ordenamento jurídico pátrio.

4.4 Tese da admissibilidade das ações coletivas passivas no Código de Defesa do Consumidor

Em sentido contrário àqueles que sustentam a impossibilidade de adoção da ação coletiva passiva no Código de Defesa do Consumidor, ressalta-se a posição de Grinover, que já em 1986 dizia ser possível a aplicação deste instituto no ordenamento jurídico brasileiro, em interpretação ao art. 5º, parágrafo 2º da Lei 7347/85, afirmando que:

[...] a Lei 7.347 permite a intervenção, como litisconsortes do réu, aos entes públicos e às associações legitimadas à ação (art.5º, §2º): associações, portanto, constituídas para a defesa do meio ambiente e dos consumidores. Talvez não sejam freqüentes as oportunidades em que os interesses institucionais dos corpos intermediários coincidam com os do réu. Mas não se podem excluir, a priori, ações intentadas não a favor, mas sim contra o interesse coletivo. (GRINOVER, 1986, p.117).

Verifica-se que Grinover – uma das autoras do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor –, antes mesmo da sua entrada em vigor, já sustentava tal possibilidade, de modo que o advento do diploma consumerista veio apenas para ratificar a possibilidade de adoção da ação coletiva passiva, sendo que o artigo 5º, parágrafo 2º da Lei 7.347/85 agora deve ser lido em conjunto com os artigos 83 e 107 do Código de Defesa do Consumidor. (GRINOVER, 2003).

Lenza adota posição semelhante, ao afirmar que:

[...] o artigo 107 do CDC, que trata da convenção coletiva de consumo, já é um claro exemplo de possibilidade de se demandar judicialmente a classe em caso de descumprimento de qualquer das cláusulas do aludido contrato, após a sua celebração.

[...]

O art. 83 do CDC, por seu turno, esclarece que para a defesa dos direitos e interesses protegidos pelo Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Assim, pode-se afirmar ser perfeitamente possível a propositura de ação em face da classe, a fim de se realizar todas as situações práticas decorrentes dos exemplos já imaginados pela doutrina. (LENZA, 2005, p. 210-211).

Mais a frente Lenza, após citar alguns exemplos, ressalta que, assim como em outros países, no Brasil também pode ser verificada a aplicação da ação coletiva passiva:

[...] não se pode deixar de vislumbrar, também no Brasil, a moderna tendência, com a sua extraordinária importância prática, de se permitir o ajuizamento de ações coletivas em face de representantes da classe, seguindo experiência do direito alienígena, mas, indiscutivelmente, dentro das particularidades do direito brasileiro, respeitando-o. (LENZA, 2005, p. 213).

Didier Junior e Zaneti Junior sustentam que, mesmo diante da inexistência de norma expressa que estabeleça legitimação coletiva passiva, não constitui óbice à propositura de ação coletiva em face da classe. Os autores expõem suas razões com

base na possibilidade de ajuizamento de ação rescisória, cautelar incidental e mandado de segurança contra ato do juiz contra o réu em ação coletiva ativa. Dizem que diante destas possibilidades "admite-se, implicitamente, que algum sujeito responderá pela coletividade, ou seja, admite-se a ação coletiva passiva". (DIDIER JUNIOR;ZANETI JUNIOR, 2010, p. 425

Gidi, por sua vez, sustenta que:

Se é verdade que o CDC e a LACP não as contemplam expressamente, também é certo que não as proíbem. Se a tutela coletiva foi permitida pela lei e se há regulamento processual adequado para a matéria, não há por que negar a possibilidade de uma ação coletiva passiva, questão, porém, merece cuidadoso estudo antes que uma palavra final possa ser dada a respeito. (GIDI, 2007, p. 415).

Expostos os argumentos favoráveis e contrários à aplicação da ação coletiva passiva no ordenamento jurídico brasileiro, cumpre agora fazer uma defesa do cabimento deste instituto no Código de Defesa do Consumidor.

4.5 Em defesa do cabimento das ações coletivas passivas no Código de Defesa do Consumidor

No que tange às demandas de massa no sistema jurídico brasileiro ainda há muita resistência por sua aplicabilidade. Tal se deve em virtude do fato de que a sociedade brasileira ainda se volta à valorização demasiadamente individual, havendo extrema dificuldade para se filiar a uma visão metaindividual. Vale ressaltar, ainda, que o brasileiro não busca adequadamente seus direitos, não obstante ter havido uma notória evolução neste sentido, sobretudo, após o advento da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor. (ALMEIDA, 2003, p. 586).

Pode-se concluir que ainda há, por parte da doutrina e jurisprudência, um apego aos ditames conferidos pelo direito processual individual, que se encontram positivados no Código de Processo Civil. Assim, sempre quando não existe lei

específica sobre um assunto qualquer são utilizadas as regras positivadas no Código de Processo Civil.

No caso estudado ao longo dessa pesquisa, qual seja, a possibilidade de adoção da ação coletiva passiva no Código de Defesa do Consumidor, tem-se que as normas contidas no Código de Processo Civil não permitem essa possibilidade, a não ser que seja realizado um verdadeiro diálogo de fontes, o que, diga-se, já ocorre com as ações coletivas ativas, posto que as regras rígidas contidas no direito processual individual são incompatíveis com as demandas coletivas, mormente, os problemas relativos à legitimidade e extensão dos limites da coisa julgada.

Como verificado acima, um dos principais argumentos dados pela doutrina para negar a possibilidade da ação coletiva passiva no Brasil é realizado com base na interpretação dada ao artigo 6º do Código de Processo Civil, o qual estabelece ser necessária autorização legal para a substituição processual, posto que no processo civil comum a legitimidade é ligada à titularidade do direito controvertido.

Esse entendimento, fundado numa interpretação restritiva e literal da lei com que se apega a doutrina para negar, de *lege lata*, a ação coletiva passiva brasileira, ganha mais força na crença de que o sistema de legitimidade adequada no sistema jurídico brasileiro é *ope legis*, ou seja, um sistema rígido de representatividade adequada, tornando impossível a representação da classe em juízo, já que hodiernamente não existe nenhuma lei estabelecendo a possibilidade de a classe figurar como demandada. (VIGLIAR, 2007, p.315).

Ocorre que esse entendimento já está ultrapassado, conforme escólio de Vigliar:

[...] Fizemos uma suposta adesão ao denominado sistema *ope legis* crendo que, apenas por pertencermos à família jurídica da *civil law*, a previsão legal de um rol de legitimados bastaria à solução do problema. Puro engano. A jurisprudência (bastante expressiva), formada ao longo desses 20 anos de prática de processos coletivos, que versa a condição do legitimado ativo, não me deixa mentir nem exagerar. Em especial - e basta o leitor se socorrer de qualquer repertório autorizado - considere-se a jurisprudência formada em relação ao Ministério Público. Estivéssemos num sistema *ope legis* (nunca estivemos porque ele é impraticável), e não se discutiria tanto, em juízo, a preliminar da legitimação ativa. (VIGLIAR, 2007, p. 313)

Sustenta o mesmo autor que no Brasil o sistema adotado é um sistema misto de aferição dessa legitimidade, uma vez que o juiz deve verificar se o representante da classe está elencado no rol de legitimados, e, além disso, deve verificar a adequada representação por parte daquele que se apresentou em juízo.

A legitimação para agir no direito processual coletivo não é realizada sob o enfoque da representação legal, devendo ser observada com base na relevância social da causa e não ligada à titularidade do direito reclamado, possuindo legitimidade para agir a pessoa que possuir as melhores condições possíveis para realizar a defesa da coletividade. Assim, esse argumento não tem razão de ser.

No que tange às ações coletivas, notoriamente, como já afirmado acima, tem-se que a figuração da coletividade no polo ativo da demanda se desenvolveu com maior intensidade, uma vez que o sistema processual coletivo brasileiro foi calcado sob a ótica da coletividade como credora de tutela jurisdicional, e não como violadora de direitos.

Esta concepção não pode ser entendida como óbice à possibilidade de a coletividade ser demandada em juízo, posto que uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico permite concluir ser perfeitamente possível a adoção da ação coletiva passiva no ordenamento jurídico nacional.

Conforme visto quando do tratamento da defesa do consumidor em juízo, o objetivo do legislador foi o de assegurar a ampla e irrestrita tutelabilidade das questões em que são envolvidas as relações consumeristas, ao estabelecer no artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor que são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Conforme pondera Grinover, o Código de Defesa do Consumidor em seu art. 83 dispõe que “para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código, são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”. (GRINOVER, 2011, p. 103). Portanto, o que legislador quis foi assegurar a

ampla e irrestrita tutelabilidade das questões atinentes às relações consumeristas, reforçando a efetividade do processo.

Maia sustenta que no ordenamento jurídico brasileiro “previsão positiva ou negativa em relação à legitimidade extraordinária passiva nos casos de ação coletiva passiva”. (MAIA, 2009, p. 160).

Uma vez que a ação coletiva passiva não é expressamente vedada e nem admitida, a preservação e a garantia o princípio constitucional da inafastabilidade da prestação jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV da CR/88) também pode ser utilizado como argumento favorável à adoção da *defendant class action* no Brasil. Isso porque esse é um princípio processual constitucional, aplicável tanto ao processo individual, como ao processo coletivo, não podendo ser ferido.

A interpretação restritiva ao artigo 6º do Código de Processo Civil acarreta em violação ao referido princípio, o que não pode ser admitido. Trata-se princípio previsto no rol dos direitos e garantias fundamentais, os quais possuem aplicação imediata, nos termos do parágrafo 1º do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, Sarlet ao dizer que:

[...] há como sustentar a aplicabilidade imediata (por força do art. 5, § 1º, de nossa Lei Fundamental) de todos os direitos fundamentais constantes do Catálogo (art.5º a 17), bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais. (SARLET, 2007, p. 275).

Vale salientar que, uma vez admitido o processo coletivo passivo, alguns requisitos devem ser observados, para que o referido instituto seja aplicado de uma forma mais segura.

O Poder Judiciário deve conferir ampla publicidade da ação coletiva, em que a coletividade figura como ré, com efetiva divulgação de sua existência, de modo a possibilitar a intervenção de interessados dando maior robustez à defesa da coletividade demandada. Essa publicidade deverá ocorrer através da publicação de editais.

A necessária participação do *parquet* como *custos legis*, para dar maior segurança jurídica às partes, com o escopo de evitar fraude ao processo.

Deve haver um rígido controle da representatividade adequada do réu em todas as fases do processo, também para evitar fraude e conluio entre as partes e em se verificando a ocorrência de fraude o juiz deve nomear um novo representante.

No tocante à coisa julgada e seus limites subjetivos, Vigliar anota que, nesse tipo de ações, deve ser destacado que o contraditório é observado quando presente a adequada representação da coletividade. Portanto, a coisa julgada deve se estender aos membros ausentes, mesmo que o resultado do litígio tenha sido contrário aos interesses da coletividade demandada. (VIGLIAR, 2007, p. 317).

Em decisão datada de 2008, o Tribunal de Justiça do Espírito Santo reconheceu expressamente o ajuizamento de ação coletiva passiva, desde que observado o requisito da representatividade adequada. No mesmo julgado o Tribunal reconheceu, ainda, a extensão subjetiva dos efeitos do julgado aos membros ausentes, restando assim ementado:

CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA PASSIVA (DEFENDANT CLASS ACTION). ILEGITIMIDADE PASSIVA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. PRECATÓRIO DA "TRIMESTRALIDADE" (LEI Nº 3.935/87). INCONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES VINCULANTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RELATIVIZAÇÃO DA COISA JULGADA. PROCEDÊNCIA.

1. A classe tem legitimidade para figurar no pólo passivo de demanda coletiva, desde que observado o requisito da representatividade adequada, mesmo que não exista previsão normativa explícita. O ativismo judicial permite seja a admissibilidade inferida das garantias constitucionais do acesso à justiça, da vedação do non liquet, do due process of law e outras, pois "não se deve excluir a priori, de lege lata, a via do acesso à justiça contra a classe, porquanto a defining function do juiz, própria das ações coletivas (ativas ou passivas), autoriza a solução judicial de situações justapostas às previstas em Lei (...)" (ADA PELEGRINI GRINOVER, O Processo, São Paulo: Perfil, 2005, pp. 219-221). 2. A procedência da demanda coletiva passiva (defendant class action) afeta a esfera individual dos associados independentemente do exercício pessoal do contraditório. Com maior razão se participam, em polos invertidos, exatamente aqueles que figuraram na demanda geradora do ato objurgado. 3. A inexigibilidade da obrigação, por ineficácia do título judicial (sentença ou acórdão) fundado em Lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicação ou interpretação tidas por incompatíveis

com a Constituição da República, pode ser reconhecida quando a declaração ocorreu "[...] em controle concentrado ou difuso (independentemente de resolução do senado) [...]" (RESP 803099/SP, relator ministro TEORI ZAVASCKI, DJ 6.3.2006, p. 253). (TJES; ADInc 100070019698; Tribunal Pleno; Rel. Des. Samuel Meira Brasil Junior; Julgado em 12/06/2008, DJES 14/07/2008; Pág. 18)

Há que se destacar ação coletiva passiva recente em que o STJ impôs limite ao direito de greve à Federação Nacional dos Policiais Federais – FENAPEF, em ação proposta pela União. A decisão foi assim ementada:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO DE GREVE. SERVIÇO PÚBLICO. POLÍCIA FEDERAL. ÓRGÃO ESSENCIAL À DEFESA DO ESTADO E DAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS. CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS. NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO. ORIENTAÇÃO DO STF. MI 708/DF.

1. É indiscutível a relevância jurídico-política do direito de greve dos trabalhadores, alçado pela Constituição da República à categoria de direito fundamental social ou de segunda geração (art. 9º), conforme clássica definição doutrinária.

2. A disciplina específica das funções da Polícia Federal é encontrada, na Constituição da República, em seu Título V, que versa sobre a defesa do Estado e das instituições democráticas. Daí se depreende a centralidade dessa instituição para a preservação da ordem jurídica inaugurada pelo constituinte de 1988.

3. Indubitável a legitimidade do pleito dos policiais federais por vencimentos adequados às essenciais funções exercidas, o que se afigura imprescindível para garantir a atratividade da carreira e uma bem-sucedida política de recrutamento, de modo a selecionar os melhores candidatos. Em outras palavras, mais do que um pleito corporativo, é do interesse da própria sociedade e do Estado brasileiro que seus policiais federais tenham remuneração satisfatória.

4. Entretanto, o caso concreto apresenta sério conflito entre o direito de greve pelo servidor público e o direito social à fruição de serviços públicos adequados e contínuos, cuja solução exige a aplicação de juízo de ponderação.

5. No MI 708/DF, o STF reconheceu que, em razão das particularidades do caso concreto e dos serviços essenciais em questão, é possível fixar regime mais rígido que o imposto pelos arts. 9º e 11 da Lei 7.783/1989, bem como conceder Medida Cautelar para a garantia de percentual mínimo de servidores em atividade, "ou mesmo a proibição de qualquer tipo de paralisação", o que, evidentemente, requer situação de excepcionalíssima gravidade, sob pena de completo esvaziamento de tão relevante direito constitucional.

6. O STJ, por sua vez, vem reconhecendo o direito de greve dos servidores públicos, mas tem imposto limites ao seu exercício, com a finalidade de manter a continuidade do serviço público (Pet 7.884/DF, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, DJe 7/2/2011; AgRg na Pet 7.883/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Rel. p/ acórdão Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe 21/6/2010).

7. O *periculum in mora* fica suficientemente demonstrado pelo risco de dano aos bens jurídicos protegidos pela atuação da Polícia Federal (art. 144, § 1º, da CF), caso prossiga a paralisação, sem qualquer critério.

8. Por seu turno, o *fumus boni iuris* encontra-se presente nos limites impostos pela ordem jurídica ao exercício do direito de greve em atividades essenciais à sociedade.

9. Liminar parcialmente deferida para determinar a manutenção em atividade dos servidores da Polícia Federal nos seguintes termos: a) 100% (cem por cento) nas hipóteses de plantão em unidades instaladas em portos e aeroportos e para o atendimento das requisições da Justiça Eleitoral, nos 1º e 2º turnos das eleições; b) 70% (setenta por cento) nas atividades de Polícia Judiciária, de inteligência e em unidades de fronteira; c) 50% (cinquenta por cento) nas funções de Polícia Administrativa; d) 30% (trinta por cento) nas tarefas residuais. Estabeleço multa diária no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), em caso de descumprimento. (Pet 9460/DF, Rel. ministro HERMAN BENJAMIN, Primeira Seção, julgado em 19/09/2012, DJE 24/09/2012)²⁵.

A aplicação do instituto no direito brasileiro, de *lege lata*, é inegável e decorre do mundo atual, sendo de bom alvitre reconhecê-la para que o sistema processual brasileiro possa cumprir os princípios constitucionais de celeridade e efetividade, que não podem ser afastados.

4.6 As ações coletivas passivas nos projetos de Código de Processo Coletivo

Em que pese todo o dissenso doutrinário sobre a possibilidade, de *lege lata*, de a ação coletiva ser ajuizada em face de uma coletividade, sendo esta defendida em juízo por um representante adequado, é quase pacífico, mesmo para aqueles que sustentam a impossibilidade de adoção deste instituto, a necessidade de ser elaborada lei que terá como objetivo positivar a utilização da ação coletiva passiva, bem como de adequá-la ao sistema processual coletivo, sobretudo no que tange aos problemas acerca da representatividade adequada e a coisa julgada.

²⁵ Pet 9460/DF, 1ª Seção., Rel. Min. Herman Benjamin, j. 19.09.2012, DJE 24.09.2012.

Reconhecida a importância do tema, bem como verificada sua utilização nos tribunais, os projetos de Código de Processo Coletivo contemplam a possibilidade de ser aplicada a ação coletiva passiva.

O Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América (CM-IIDP) traz solução para legitimação passiva da classe, assegurando o controle da representatividade adequada *ope iudice*, sob influência da *class action* norte-americana.

O Código Modelo prevê a aferição judicial da representatividade adequada e estabelece ser este um dos requisitos para a ação coletiva passiva. No entanto, a coisa julgada foi mitigada. O código estabelece que os efeitos da coisa julgada serão *erga omnes* em se tratando de direitos difusos e coletivos *lato sensu*, estando disposta no artigo 36, *verbis*:

Art. 36. Coisa julgada passiva: interesses ou direitos difusos – Quando se tratar de interesses ou direitos difusos, a coisa julgada atuará *erga omnes*, vinculando os membros do grupo, categoria ou classe.

De outra banda, quando o litígio versar sobre direitos individuais homogêneos, em caso de improcedência, a coisa julgada não vinculará os membros do grupo. Tal regra está prevista no art. 37 do Código Modelo com a seguinte redação:

Art. 37. Coisa julgada passiva: interesses ou direitos individuais homogêneos - Quando se tratar de interesses ou direitos individuais homogêneos, a coisa julgada atuará *erga omnes* no plano coletivo, mas a sentença de procedência não vinculará os membros do grupo, categoria ou classe, que poderão mover ações próprias ou defender-se no processo de execução para afastar a eficácia da decisão na sua esfera jurídica individual.

Sobre o assunto vale transcrever a lição de Grinover. A autora assina que:

A coisa julgada, como imutabilidade da sentença e de seus efeitos, abrange no plano coletivo o legitimado à ação, portador em juízo dos direitos individuais dos substituídos. A sentença, mesmo se de improcedência, fazendo coisa julgada, vai impedir o ajuizamento de novas ações coletivas, por qualquer dos legitimados. Mas, no plano dos indivíduos substituídos, a coisa julgada – imutabilidade da sentença e de seus efeitos – só vai atuar para beneficiá-los. Em caso de sentença desfavorável, não fará ela coisa julgada em relação aos indivíduos, titulares de direitos subjetivos divisíveis. Contra eles, existe apenas a eficácia natural da sentença, que poderá ser

afastada mediante a propositura de ações individuais. (GRINOVER, 2006, p. 205)

O regime da coisa julgada prevista no Código Modelo é criticado por Gidi, o autor observa que “não faz o menor sentido que réus somente sejam vinculados pela coisa julgada em caso de sentença favorável ao grupo de réus” (GIDI, 2008, p. 290). Nesse mesmo sentido preleciona Mendes:

Da simples leitura, pode-se constatar a inocuidade da norma, impondo-se indagar: quem iria propor uma demanda coletiva passiva, sabendo, de antemão, que o melhor resultado possível, ou seja, o julgamento de procedência do pedido, praticamente nenhum valor teria, pois a ninguém vincularia? Portanto, o demandante estaria fadado a perder ou a não ganhar nada, podendo-se antever, desde já, que a nova regulação estaria por soterrar a malfadada ação coletiva passiva, tal qual nos moldes propostos. (MENDES, 2007, p. 436).

Já o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, inspirado no Código Modelo de Processos Coletivos para a Ibero-América, tratou da ação coletiva na parte III. O texto proposto no Anteprojeto, assim como o do Código Modelo, estabelece que qualquer espécie de ação pode ser proposta contra uma coletividade organizada ou que tenha representante adequado e desde que o bem jurídico a ser tutelado seja transindividual e se revista de interesse social.

No que se refere à coisa julgada, o anteprojeto prescreve que ela atuará *erga omnes*, vinculando todos os membros do grupo, categoria ou classe.

Conforme visto a proposta ainda não está pronta e acabada, contudo a iniciativa merece ser valorizada, eis que a ação coletiva passiva já é uma realidade nos tribunais, devendo ser regulamentada por lei, o que garantirá maior segurança jurídica para os operadores do direito.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo teve como propósito verificar a viabilidade da ação coletiva passiva no Código de Defesa do Consumidor.

A partir da análise do Direito Processual Civil clássico, constatou-se que a sua utilização não poderia ser possível para dirimir conflitos de massa. Tornando-se necessária a elaboração de novos meios de solução de conflitos para solucionar os conflitos coletivos.

Notou-se que há uma corrente que entende não possível a adoção da ação coletiva passiva no ordenamento jurídico brasileiro, utilizando como principal argumento o fato de que no processo coletivo brasileiro, o juiz não exerce controle da legitimação para agir, pois é a lei que estabelece a legitimidade para agir.

Verificou-se que há uma segunda vertente, que defende a possibilidade de adoção da ação coletiva passiva no ordenamento jurídico, sob o argumento de que o art. 83 do Código de Defesa do Consumidor estabelece que, para a defesa dos direitos e interesses protegidos pelo Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Sustenta essa vertente a possibilidade de aferição da legitimidade adequada realizada pelo juiz, o que afastaria o óbice à propositura de ação coletiva em face da classe. Ressalta-se que apenas através do controle da representatividade adequada é garantido o devido processo legal, pois apenas a aferição da idoneidade realizada pelo magistrado, caso a caso, permitirá que seja verificado se o representante está defendendo os interesses dos substituídos.

Concluiu-se que as demandas coletivas passivas são uma realidade no ordenamento jurídico brasileiro, que não pode ser simplesmente negada. Conforme demonstrado, o Poder Judiciário já vem enfrentando a questão, contudo é inegável a necessidade de sistematização do instituto.

Admite-se, portanto, de *lege lata*, que qualquer coletividade organizada assuma o polo passivo, como ré, desde que adequadamente representada. O controle da sua adequada representação será realizado, pelo magistrado, de acordo com as peculiaridades do caso a ele apresentado, de modo a primar pela participação das partes, em observâncias às garantias constitucionais.

O magistrado deverá realizar um rigoroso controle do representante da coletividade ré em todas as fases do processo, com o fito de evitar fraude e conluio entre as partes. Verificando a ocorrência de fraude o juiz deve nomear um novo representante, bem como aplicar sanção, conforme prescreve o art. 18²⁶ do CPC, visto tratar-se de má-fé processual, nos termos do art. 17²⁷ do mesmo diploma legal.

A viabilidade da ação coletiva passiva se justifica pela impossibilidade de limitação à ampla e irrestrita tutelabilidade das questões atinentes às relações consumeristas, reforçando a efetividade do processo.

O judiciário deve conferir ampla publicidade da ação coletiva, em que a coletividade figura com ré, com efetiva divulgação de sua existência, de modo a possibilitar a intervenção de interessados dando maior robustez à defesa da coletividade demandada.

Deve haver, ainda, a necessária participação do *parquet* como *custos legis*, para dar uma maior segurança jurídica às partes, com o escopo de evitar fraude ao processo.

²⁶ Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que: [...] III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

²⁷ Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação Jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 22

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Codificação do direito processual coletivo brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ALMEIDA, Gregório Assagra de; MELLO NETO, Luiz Philippe Vieira de. Fundamentação constitucional do direito material coletivo e do direito processual coletivo: reflexões a partir da nova summa divisio adotada na CF/88 (Título II, Capítulo I). **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 77, n. 3, p. 77-97, jul./set. 2011.

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**, v. 1 – parte geral, 8ª Ed. rev. atual. ampl. São Paulo – Editora Revista dos Tribunais, 2003

ALVIM, Eduardo Arruda. Coisa Julgada e Litispêndência no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 174-193.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Sentença e coisa julgada**. Rio de Janeiro: AIDE, 1992.

ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1979

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 404, p. 09-18, 1969.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Consideração sobre a chamada relativização da coisa julgada material. In: **Temas de direito processual: (nona série)**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.246.

BATISTA, Roberto Carlos. **Coisa Julgada nas Ações Cíveis Públicas: Direitos Humanos e Garantismo**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

BELINETTI, Luiz Fernando. **Definição de interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individual homogêneo**. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). Estudos de direito processual civil. São Paulo: RT, 2006

BRAGA, Renato Rocha. **A Coisa Julgada nas Demandas Coletivas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil: disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm> Acesso em: 10. maio. 2012.

BRASILEIRO, Ricardo Adriano Massara. Tutela diferenciada e especialização procedimental, sob o prisma da efetividade do processo. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 17.: 2008, Salvador, BA. Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 3083 - 3098. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/Integra.pdf>. Acesso em: 12. jan. 2012.

BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo e NEPOMUCENO. Luciana Diniz (coord.). **Processo Civil Reformado**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, Ronaldo. **Responsabilidade do Estado pela Função Jurisdicional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004

BUENO, Cassio SCARPINELLA. **Partes e terceiros no processo civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BUENO, Cassio SCARPINELLA. As class actions norte-americanas e as ações coletivas brasileiras: pontos para uma reflexão conjunta. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 82, p. 104, abr./jun. 1996.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. vol. 2, 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1969.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Class action e mandado de segurança coletivo**. São Paulo: Saraiva, 1990.

DELFINO, Lúcio. **Reflexões acerca do art. 1º do Código de Defesa do Consumidor**. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/4832>>. Acesso em: 24. jan. 2011.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação**. São Paulo: Saraiva, 2005.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Processo coletivo**. 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

DINAMRGO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, 2ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DINAMRGO, Cândido Rangel. **Litisconsórcio**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GIDI, Antônio. **Coisa julgada e litispendência em ações coletivas**. São Paulo: Saraiva, 1995.

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

GIDI, Antônio. **Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A problemática dos interesses difusos**. In Grinover, Ada Pellegrini. (Org.) *A tutela dos interesses difusos*. São Paulo: Max Limonad, 1984.

GRINOVER, Ada Pellegrini. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 10. ed. rev. atual. e ref. Rio de Janeiro: Forense, 2011, vol. II.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A ação popular portuguesa: uma análise comparativa. A marcha do processo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 48-61.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ações coletivas para a tutela do ambiente e dos consumidores a Lei 7.347, de 24.07.1985, **Revista de Processo**, vol. 11, n. 44, p. 113-128, São Paulo, out.-dez. 1986.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Considerações sobre os Limites Objetivos e a Eficácia Preclusiva da Coisa Julgada. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. v. 3, nº 16, p. 22-29. São Paulo: Mai-Abr/2002

GRINOVER, Ada Pellegrini. Coisa julgada *erga omnes, secundum eventum litis e secundum probationem*. **Revista de Processo**, v. 126, p. 9-21, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Eficácia e autoridade da sentença: a teoria de Liebman no Código de Defesa do Consumidor e no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América. In GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo: estudos e pareceres**. São Paulo: DPJ, 2006

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo** – primeiros estudos. Porto Alegre: Síntese, 2001.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MACIEL JÚNIOR, Vicente de Paula, **Teoria das Ações Coletivas** – As ações coletivas como ações temáticas. São Paulo: LTr, 2006;

MAIA, Diogo Campos Medina Maia. **Ação coletiva passiva**. Rop de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MAGGIO, Marcelo Paulo. **Condições da ação**: com ênfase à ação civil pública para a tutela os interesses difusos. Curitiba: Juruá, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Civil Pública em defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

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

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição Coletiva e Coisa Julgada** – Teoria geral das ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 4 ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**: Arts. 1º a 74 – aspectos materiais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1982. vol. 3

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millenium, 2000. v. IV.

MAZZEI, Rodrigo. A ação popular e o microsistema da tutela coletiva. In GOMES JR, Luiz Manoel; SANTOS FILHO, Ronaldo Fenelon (Coords.). **Ação popular – Aspectos relevantes e controvertidos**. São Paulo: RCS, 2006

MAZZILLI, HUGO NIGRO. **Das ações coletivas em matéria de proteção ao consumidor - o papel do ministério público**. Disponível em: <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/acoescolet.pdf>
Acesso em: 28. jan.2012

MAZZILLI, HUGO NIGRO. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas no direito comparado e Nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Coleção Temas atuais de direito processual civil, v.4)

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. Exposição de motivos. Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. In GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NERY JUNIOR, Nelson. Ação civil pública no processo do trabalho. In: MILARÉ, Edis (coord.) **Ação civil pública: lei 7.347/1985 – 15 anos, 2ª ed**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 599-622.

NERY JUNIOR, Nelson. Ação civil pública no processo do trabalho. In: MILARÉ, Edis (coord.) **Ação civil pública: lei 7.347/1985 – 15 anos, 2ª ed.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 599-622.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** 9.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Celso. **Coisa Julgada Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971.

NORONHA, Carlos Silveira. Apontamentos históricos da tutela diferenciada. In CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). **Processo civil: evolução - 20 anos de vigência.** São Paulo: Ed. Saraiva, 1995.

NUNES, Maria Emília Naves. **O desempenho constitucional das funções do Ministério público.** Belo Horizonte: RHJ, 2011.

NUNES, Rizzato. **As ações coletivas as definições de direito difuso coletivo e individual homogêneo.** In Processo civil coletivo. Coord. Rita Nolasco e Rodrigo Mazei. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

NUNES, Rizzato. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor.** 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

OLIVEIRA, Flávio Luís de. In. LOPES, Maria Elizabeth de Castro; OLIVEIRA NETO, Olavo de (coord.) **Princípios processuais civis na Constituição.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, 2ª reimpressão.

PORTO, Sérgio Gilberto. **Coisa Julgada Civil.** 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil.** 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PRUX, Oscar Ivan. **A responsabilidade civil do profissional liberal no código de defesa do consumidor.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Evolução histórica do princípio do devido processo legal.** Disponível em: <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/14975/10027>> Acesso em: 28. jan.2012.

RAMOS, Elival da Silva. **Ação popular como instrumento de participação política.** São Paulo: RT, 1991.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito.** 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

SANTOS, Altamiro José dos. **Direitos Do Consumidor. Revista do IAP.** Curitiba: Instituto dos Advogados do Paraná, 1987.

SANTOS, Ernane Fidelis dos. **Manual de direito processual:** volume 1: processo de conhecimento 10 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva 2003.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos; ROSSI, Mariza Delapieve. Aspectos legais do comércio eletrônico: contratos de adesão. **Revista de Direito do Consumidor.** Ano 9, n. 36, p. 105-129. São Paulo: Revista dos Tribunais, out./dez., 2004.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil.** v. 1. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 8. ed. rev. Atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil:** processo de conhecimento: volume 1: 6 ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Prefácio. In. SOARES, Rogério Aguiar Munhoz. **Tutela jurisdicional diferenciada,** São Paulo: Malheiros, 2000, p. 9-12

TESHEINER, José Maria. **Eficácia da sentença e coisa julgada no processo civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil.** v. 1. 47. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

VENTURI, Elton. **Processo civil coletivo.** São Paulo: Malheiros, 2007.

VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto. **O Princípio Constitucional da Igualdade e o Direito do Consumidor.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Defendant class action brasileira: limites propostos para o Código de Processos Coletivos. In: Ada Pellegrini Grinover; Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; Kazuo Watanabe. (Org.). **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivos.** 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

VIOLIN, Jordão. **Ação coletiva passiva:** fundamentos e perfis. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.

WALD, Arnoldo. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** Obrigações e Contratos. 16. Ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. **Os agravos no CPC brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e de não-fazer – arts. 273 e 461 do CPC. In Sálvio de Figueiredo Teixeira. **Reforma do Código de Processo Civil**, São Paulo: Saraiva, 1996.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo** – tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZAVASCKI, Teori Albino. Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. In: Ada Pellegrini Grinover; Aluisio Gonçalves de Castro Mendes; Kazuo Watanabe. (Org.). **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processo Coletivos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Antecipação da tutela**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005