

## Sumário

INTRODUÇÃO .....	1
CAPÍTULO I - PRINCÍPIOS DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO .....	6
1. Princípio do Acesso à Justiça .....	8
2. Princípio da universalidade da jurisdição .....	11
3. Princípio da participação.....	12
4. Princípio da ação .....	12
5. Princípio do impulso oficial.....	13
6. Princípio da economia.....	13
7. Princípio da instrumentalidade das formas.....	14
8. Princípio da Máxima Efetividade do Processo Coletivo.....	15
CAPÍTULO II - LEGITIMIDADE PARA AGIR.....	18
2.1 – EVOLUÇÃO DA LEGITIMAÇÃO: DO INDIVIDUAL AO COLETIVO .....	18
2.1.1 – O significado de interesse .....	25
2.2 – NOTÍCIA DO DIREITO COMPARADO.....	29
2.2.1 – Os modelos nos países de common law.....	29
2.2.2 – Os modelos nos países de civil law.....	35
2.3 – A representatividade adequada ( <i>adequacy of representation</i> ) .....	37
2.4 – A LEGITIMIDADE NAS AÇÕES COLETIVAS BRASILEIRAS.....	39
2.4.1 – Ação Popular .....	43
2.4.2 – Ação Civil Pública.....	48
2.5 – A Legitimidade no Código Ibero Americano de Direitos Coletivos.....	67
2.6 – A Legitimidade no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.....	70
2.7 - A LEGITIMIDADE NO PROJETO DA NOVA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA .....	70
CAPÍTULO III -NOVA VISÃO DA LEGITIMIDADE .....	74
3- A LEGITIMIDADE DO CIDADÃO PARA A AÇÃO CIVIL PÚBLICA .....	74
3.1.1 – Posição Contrária .....	86
3.1.2 – Posição Favorável.....	88
CAPÍTULO IV - A AÇÃO CIVIL SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA.....	93
4 – A AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA.....	93
4.1 – Aplicação do instituto no âmbito da Ação Civil Pública.....	95
4.1.1 – A Inação dos legitimados legais.....	97
4.1.2 – A legitimidade do cidadão para a Ação Civil Subsidiária da Pública.....	98
CONCLUSÃO.....	101
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	104
ANEXO.....	110

## INTRODUÇÃO

A Constituição da República de 1988 garante o acesso à justiça, bem como contempla diversos direitos transindividuais, como o meio ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à defesa do consumidor, à preservação da unidade histórico-cultural do ambiente urbano e os meios para defesa desses direitos coletivos, como a ação civil pública, a renovação da ação popular e o mandado de segurança coletivo, o que é de grande importância nas sociedades de massa. Do mesmo modo, a efetividade do processo é garantida constitucionalmente,<sup>1</sup> podendo ser apontada como tão importante como o devido processo legal.

O direito de pleitear perante o judiciário os direitos coletivos, embora já previsto, é exercido pelos legitimados elencados no artigo 5º da Lei 7.347/85, estando excluída deste rol a pessoa física, por razões mais de receio quanto à sua atuação do que por razões de ordem técnica. Kazuo Watanabe<sup>2</sup> aponta a má experiência da ação popular, onde o cidadão é legitimado a propor a ação, em que se verificou que esta se tornou um instrumento de vingança ou pressão política, resultando na escolha de não inclusão do cidadão como legitimado para a propositura da ação civil pública.

Num breve esboço histórico, apenas para pontuar determinadas questões que dificultam o bom emprego da aplicação dos processos coletivos na solução dos conflitos de massa, pode-se, em linhas gerais, afirmar que o processo antigo separava o Direito dos demais setores da vida<sup>3</sup>, sendo função da jurisdição a distribuição proporcional dos bens. Os direitos, quando trazidos a juízo, dependiam da identificação de um mecanismo processual para a sua tutela. O pretor certificava

---

<sup>1</sup> BRASIL/CONGRESSO NACIONAL. Assembléia Nacional Constituinte.

<sup>2</sup> WATANABE, Kazuo. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 637/638.

<sup>3</sup> ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo Von. **Os belos copos de vinho da vovó? Elementos de História do Processo Coletivo para a solução de alguns problemas supostamente intrincados. Ação Coletiva na visão de Juizes e Procuradores do Trabalho**. São Paulo: Editora. LTr, 2006, p. 25.

a existência de ações para a tutela de determinadas situações de fato e o árbitro privado era o responsável pela decisão final, dando o contorno do direito.

No período histórico moderno, os regimes liberais-burgueses abominavam a dimensão coletiva das relações sociais, preferindo a relação direta do indivíduo com o Estado, sustentando que, num regime de igualdade de todos perante a lei, não haveria necessidade da dimensão associativa ou corporativa para fazer valer os interesses de cada um.

Na fase medieval, os juízes preocupavam-se diretamente com os direitos que poderiam ou não ser objeto de tutela; ou seja, somente os direitos que pudessem ser tipificados poderiam merecer uma cognição abstrata, sem interação direta com a vida dos direitos. Deste modo, verifica-se que a justiça, no período liberal-burguês, privilegia o processo individual e a ação abstrata que a ciência positivista construiu<sup>4</sup>.

A ação coletiva encontra reminiscências no Direito medieval e é resgatada pelos movimentos operários e atualmente pelos movimentos de massa a partir da década de 60 do século XX. O enfoque antes dado ao indivíduo não consegue mais dar respostas aos movimentos sociais. Como assinala Pedro Lenza<sup>5</sup> “a mudança nas relações sociais trouxe consigo reflexos tanto na forma de Estado, como na maneira de se prestar a atividade jurisdicional”.

Inexiste dúvida quanto à necessidade crescente de utilização de ações coletivas, principalmente em face de ações ou omissões do Poder Público, que afetam diretamente os interesses de massa, o que demanda maior mobilização da sociedade para a realização de direitos, para modificar as políticas públicas e determinar novos rumos para ações governamentais.

Considerando que os problemas ganham dimensões macro nas sociedades contemporâneas e que os legitimados utilizam tão pouco os meios de defesa dos interesses coletivos disponibilizados na legislação brasileira, pode-se afirmar que a delonga na prestação jurisdicional efetiva constitui obstáculo a ser transposto, eis que representa desestímulo à utilização dos meios de defesa de

---

<sup>4</sup> Idem *ibidem*.

<sup>5</sup> LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 31.

interesses coletivos. Por outro lado, a limitação contida no rol de legitimados para a propositura da ação civil pública, com a exclusão da pessoa física como legitimada para agir, constitui-se em afronta à garantia constitucional de acesso à justiça. A legitimação do indivíduo para a ação coletiva não é estranha a ordem jurídica pátria, como ocorre na lei nº 4.717/65, que regula a ação popular, que legitima qualquer cidadão, artigo 1º, § 3º, portanto aquele que vota e pode ser votado, a pleitear a anulação ou a declaração de atos lesivos ao patrimônio público. Ada Pellegrini Grinover<sup>6</sup> defende a legitimidade da pessoa física para a propositura da ação civil pública, afirmando que ainda que se amplie o rol de legitimados para a propositura dessas ações “não podemos admitir o amplo acesso à Justiça, se por outro lado restringimos a participação do cidadão na tutela dos interesses coletivos”.

De acordo com a jurista mencionada, na proposta do Instituto Brasileiro de Direito Processual, tal participação se dará por meio da representatividade adequada para causa, que será analisada pelo juiz, utilizando vários critérios jurídicos indicados pela lei, sendo facultado ao magistrado rever essa legitimidade em qualquer tempo e grau de jurisdição. No mesmo sentido o Professor Aluisio Gonçalves de Castro Mendes<sup>7</sup>, para quem o melhor seria a ampliação definitiva do rol de legitimados, incluindo-se o cidadão, cuja ação ainda que “voltada para a defesa de seu direito” refletirá em toda a coletividade, respeitando os princípios constitucionais de inafastabilidade da prestação jurisdicional e do devido processo legal.

Com o presente trabalho pretende-se investigar fundamentos legais e doutrinários à legitimidade do cidadão para a proposição de ações civis públicas, bem como analisar a possibilidade de aplicação do artigo 29 do Código de Processo Penal, a ação penal privada subsidiária da pública, com a aplicação do instituto à ação civil pública, permitindo que o cidadão possa atuar na inércia do Ministério Público, a fim de garantir a proteção dos interesses coletivos.

---

<sup>6</sup> A argumentação dessa tese foi apresentada durante audiência pública realizada na Câmara Federal, onde se discutiu o projeto de lei 5.139/2009, que disciplina a nova ação civil pública para a tutela de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

<sup>7</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: Visão Geral e pontos sensíveis. In Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.25.

Inicialmente, abordam-se os princípios do processo coletivo para, em seguida, discorrer-se acerca da legitimidade para agir na ação civil pública, com a transmutação do individual para o coletivo, estudando-se a natureza individualista do direito na sociedade capitalista e sua evolução para o reconhecimento formal da natureza coletiva. Se, no Estado Liberal, o enfoque era dado ao indivíduo, com uma intervenção mínima estatal<sup>8</sup>, no Estado Social verifica-se o enfoque no grupo, havendo maior preocupação com em assegurar direitos.

Para Fábio Konder Comparato<sup>9</sup>, os direitos sociais surgiram, historicamente, "como criações do movimento socialista, que sempre colocou no pináculo da hierarquia de valores a igualdade de todos os grupos ou classes sociais, no acesso a condições de vida digna"<sup>10</sup>. Influenciado pelos movimentos sociais, inicia-se no século XX, com a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Alemã de 1919, o constitucionalismo social, "o movimento que, considerando uma das principais funções do Estado a realização da Justiça Social, propõe a inclusão de direitos trabalhistas e sociais fundamentais nos textos das Constituições dos países."<sup>11</sup>

Já no Estado Pós-Social, em que há maior relevância de conflitos de massa surgem os interesses transindividuais, perdendo, como assinala Pedro Lenza, "os instrumentos processuais adequados para a solução de litígios individuais, característicos da sociedade liberal, a sua funcionalidade perante os demasiadamente complicados conflitos coletivos".<sup>12</sup>

Far-se-á, em seguida, um estudo da legitimidade nas ações coletivas, dando-se notícia do direito comparado, abordando-se a legitimidade para agir nos países de common law e civil law. Examina-se a questão da legitimidade nas ações coletivas no direito pátrio, comparando-se a ação popular e a ação civil pública. É objeto de estudo, também, a legitimidade no Código Ibero Americano de Direitos

---

<sup>8</sup> Idem, p.28.

<sup>9</sup> COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 335.

<sup>10</sup> Idem, p. 335.

<sup>11</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2007, p. 31.

<sup>12</sup> LENZA, op.cit. p.30.

Coletivos, no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos e no projeto de lei da nova ação civil pública.

Em seguida, será estudada a nova visão da legitimidade, onde se discute a questão da falta de legitimidade da pessoa física para propositura da ação civil pública, apontando-se os argumentos contrários e favoráveis.

Tratar-se-á, em seguida, da aplicação dos artigos 5º, inciso, LIX, da Constituição Federal e 29 do Código de Processo Penal, examinando-se seus requisitos, como forma alternativa já existente no direito pátrio, a suprir a lacuna existente na lei da ação civil pública e que impede a pessoa física de pleitear a prestação jurisdicional para proteção do direito de uma coletividade e que constitui obstáculo ao acesso à justiça, como firmado no texto constitucional, de acordo com o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição da República.

## CAPÍTULO I

### PRINCÍPIOS DO DIREITO PROCESSUAL COLETIVO

O estudo dos princípios no ordenamento jurídico mostra-se de grande relevo para compreensão de qualquer disciplina. O direito constitucional exerce influência no direito processual, de forma que as normas e princípios contidos na Constituição são dotados de imperatividade, “aptas a tutelar direta e imediatamente todas as situações que contempla”, como leciona Luiz Roberto Barroso<sup>13</sup>, para quem a “Constituição passa a ser a lente através da qual se lêem e interpretam todas as normas infraconstitucionais. A efetividade da Constituição é a base sobre a qual se desenvolvem no Brasil, a nova interpretação constitucional.”<sup>14</sup>

Antes de adentrar ao exame dos princípios do processo coletivo faz-se necessário uma síntese da evolução da normatividade dos princípios. A doutrina noticia três fases distintas: o jusnaturalismo, o juspositivismo e o pós-positivismo. O Jusnaturalismo é identificado no século XVI e tinha por fim deixar para traz o dogmatismo medieval e esquivar-se do meio teleológico então predominante. Nesta fase os princípios eram meramente informativos, sendo fonte inspiradora para um ideal de justiça, ou seja, de forma abstrata. A chegada do Estado liberal, já no século XIX, o direito é consolidado em textos escritos, como códigos, não se admitindo senão este direito. O declínio desta fase ocorreu no final do século XIX, surgindo o positivismo “fruto de uma crença exacerbada no poder do conhecimento científico.”<sup>15</sup> A pretensão era criar uma ciência jurídica com objetividade similar às ciências exatas, dissociando o Direito da Moral e dos valores; a ciência funda-se em fatos e não em juízos de valor. Os princípios serviam para suprir lacunas legislativas. A queda do positivismo ocorre quando surge a preocupação com os direitos sociais, buscando-se solucionar conflitos independentemente das leis, ou seja, não é sempre

---

<sup>13</sup> BARROSO, Luiz Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro.** Disponível em <[http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/.../arti\\_histdirbras.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/.../arti_histdirbras.pdf)>. Acesso em 15/05/2010.

<sup>14</sup> Idem.

<sup>15</sup> Ibidem.

que a lei corresponde à vontade social. A fase seguinte é a do pós-positivismo que, nas palavras de Luiz Roberto Barroso:

é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras”, a denominada nova hermenêutica constitucional e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.<sup>16</sup>

Atualmente as normas dividem-se em duas categorias: regras e princípios; as primeiras normalmente têm incidência mais específica, enquanto os princípios incidem sobre uma pluralidade de situações.

A coesão interna de um sistema jurídico emana dos princípios sobre os quais é organizado. Desta forma, para que o sistema funcione, é necessária a subdivisão em princípios. Contudo, não existe um entendimento uniforme, entre os doutrinadores, a respeito do conceito de princípio. Princípio de acordo com Paulo Bonavides “são verdades objetivas nem sempre pertencentes ao mundo do ser, senão do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade.”<sup>17</sup> Para Robert Alexy<sup>18</sup> princípios são mandamentos de otimização, que podem ser cumpridos em diferentes graus. Ronald Dworkin<sup>19</sup> faz distinção entre regras, princípios e diretrizes, sendo que os princípios possuem uma dimensão de peso ou valores de modo que em caso de conflito entre princípios, considera-se o peso entre eles. Regras e princípios partem de um ponto comum, mas são diferentes na solução: as regras são aplicáveis tendo em conta a idéia de tudo ou nada e os princípios referem-se à dimensão individual.

Luis Virgílio Afonso da Silva<sup>20</sup> afirma que, para doutrina nacional, princípios são definidos como “mandamentos nucleares” de um sistema. Este é o

---

<sup>16</sup> BARROSO, op. cit.

<sup>17</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 229.

<sup>18</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Malheiros, 2008. p. 80.

<sup>19</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 42.

<sup>20</sup> SILVA, Luis Virgílio da. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**, in Paulo Bonavides9org) Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte: Del Rey, jan-jun/2003, p. 612.



sentido que lhe atribui Celso Antonio Bandeira de Mello.<sup>21</sup> Canotilho<sup>22</sup>, jurista português, leciona que a Constituição “é um sistema aberto entre regras e princípios”, classificando-os em quatro grupos: princípios jurídicos fundamentais, princípios políticos constitucionalmente conformadores, que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador, princípios constitucionais impositivos, que normalmente definem os fins do Estado e princípios garantia, que “visam instituir directa e imediatamente uma garantia dos cidadãos”.

De acordo com Luis Roberto Barroso “Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos”<sup>23</sup> E como ponto de partida que são, inicia-se o presente trabalho com um estudo acerca dos princípios do processo coletivo para que se possa adiante, conforme o ponto que é defendido, vislumbrar a violação de um ou mais desses princípios em face da inexistência de previsão legal de legitimação do cidadão para propositura a da ação civil pública.

Existem princípios comuns a todos os ramos processuais e, portanto, gerais, e princípios especiais, que devem estar de acordo com os gerais, de modo a guardar coerência lógica. A seguir são examinados os princípios do processo coletivo, compreendendo princípios constitucionais e infraconstitucionais, estes atinentes ao processo civil.

## 1. Princípio do Acesso à Justiça

Direito humano fundamental, o acesso à justiça está previsto nas garantias individuais no texto da Constituição da República Federativa do Brasil., artigo 5º, inciso XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. O acesso à justiça está vinculado a dois valores constitucionais fundamentais; a cidadania e a dignidade da pessoa humana. A cidadania entendida

---

<sup>21</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

<sup>22</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**.

<sup>23</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 142-143.

em sentido amplo com o direito de participação na atividade política do Estado e não apenas no sentido estrito do direito a votar e ser votado.

O acesso à justiça pode ser examinado sob diversos aspectos, podendo sofrer variações de interpretação. Normalmente é associado ao mero acesso aos tribunais, mas não é só disto que trata o princípio. Trata-se, sim, de obter concretamente a tutela jurisdicional, com a solução de conflitos de interesses, esperando-se que seja tempestiva e efetiva. Este apaziguamento de conflitos pode estar previsto no ordenamento jurídico em formas alternativas de solução de conflitos que não aquela oferecida pelo modo tradicional, qual seja, por meio de tribunais, não se resumindo, portanto, a que a população chegue aos tribunais.

Quando se fala no acesso à justiça pela via habitual, deve-se pretender que o Estado coloque à disposição do indivíduo todos os mecanismos que facilitem o seu ingresso em juízo, tais como materiais e financeiros. Talvez aqui resida uma das dificuldades apontadas para que se dê efetividade ao princípio. Boaventura de Sousa Santos aponta que, após investigação sociológica, pode-se concluir que os obstáculos para o acesso à justiça podem ser de três tipos: econômicos, sociais e culturais.<sup>24</sup> As barreiras econômicas, na sociedade capitalista, estariam diretamente ligadas ao custo muito elevado dos processos, afirmando que a “justiça civil é cara para os cidadãos em geral, mas é proporcionalmente mais cara para os cidadãos economicamente mais débeis.”<sup>25</sup> Aliado a este custo elevado estaria a lentidão processual, que acaba por ser mais gravosa dado aos reflexos que a espera na solução do conflito pode trazer ao cidadão. Como fatores sociais e culturais, que recaem sobre cidadãos com menos recursos, podem ser apontados o desconhecimento de seus direitos e a hesitação em pleitear a reparação de eventuais lesões. Para explicar a hesitação, desconfiança e resignação<sup>26</sup>, aponta o referido autor, a má experiência anterior e o temor de retaliações pelo fato de ter recorrido ao judiciário. O certo é que a mera inserção de direitos fundamentais na Constituição, sem a necessária instrumentalização, conduz ao terreno da simbologia. A cidadania e a dignidade da pessoa humana estão diretamente

---

<sup>24</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice**. O social e político na pós-modernidade. 12ª ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 168-169.

<sup>25</sup> Idem, p. 168.

<sup>26</sup> Ibidem, p. 170.

vinculadas ao conceito de acesso à justiça. É por meio deste que o cidadão pode ter assegurado os demais direitos fundamentais, se violados.

Não se pode falar no princípio do acesso à justiça sem mencionar os estudos de Mauro Cappelletti e Garth<sup>27</sup>, que identificaram três ondas renovatórias do processo civil. A primeira refere-se à assistência judiciária para os pobres, no sentido de maior presença de profissional técnico habilitado, indispensável para a interpretação de normas e procedimentos complexos. O importante é assegurar aos necessitados assistência integral e gratuita. Na segunda onda está a representação dos interesses difusos, fazendo com que a tutela jurisdicional se torne acessível aos direitos e interesses vulneráveis na sociedade industrial moderna, os interesses da coletividade, categorias e grupos organizados ou dificilmente organizáveis. São direitos fragmentados ou difusos. A terceira onda ressalta a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio já que, nos ensinamentos de Cappelletti, “conforme o caso diferentes barreiras ao acesso podem ser mais evidentes, e diferentes soluções, eficientes”.<sup>28</sup> Os autores lecionam que a expressão acesso à justiça serve para determinar o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios com o patrocínio do Estado. Para tanto o sistema deve ser acessível a todos e, ainda, produzir resultados justos.

Kazuo Watanabe<sup>29</sup> afirma que o acesso à justiça é a que proporciona o acesso à “ordem jurídica justa”. Para este autor o acesso à justiça não se limita ao acesso a órgãos do Judiciário já existentes, à instituição estatal, mas viabilizar o direito à informação e conhecimento de direitos, devendo haver constante adequação entre a ordem jurídica. Na mesma linha a doutrina da Prof<sup>a</sup> Ada Pellegrini Grinover<sup>30</sup>, advertindo que o direito de ação não é apenas o direito de buscar tutela nos órgãos judiciais com o escopo de obter um provimento jurisdicional, tratando-se de um direito mais amplo, com a obtenção de uma solução justa para o conflito de interesses, sendo o processo, não apenas um instrumento para aplicação de normas

---

<sup>27</sup> CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988/2002, p.71.

<sup>28</sup> Idem, p. 72.

<sup>29</sup> WATANABE, Kazuo. **Acesso à Justiça e sociedade moderna. Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p.128.

<sup>30</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini, **O poder judiciário e a administração dos conflitos sociais**. Revista do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo: 1994b, p. 152-157.

existentes, mas um instrumento apto a produzir decisões segundo uma conjunto de valores previstos no ordenamento jurídico.

Luiz Guilherme Marinoni adverte que “na verdade, a realização do direito de acesso à justiça é indispensável à própria configuração do Estado, uma vez que não há como pensar em proibição da tutela privada, e, assim, em estado sem viabilizar a todos a possibilidade de efetivo acesso ao judiciário.<sup>31</sup> Como se depreende não basta que o ordenamento jurídico afirme a existência de direitos, deve-se garantir, por meio da participação do cidadão no processo, o seu exercício, e que tais direitos possam ser tutelados, já que de outro modo é como se eles não existissem. O acesso à justiça é um direito fundamental eis que o direito de petição está diretamente vinculado ao conceito de democracia e da ampliação de revisão judicial dos atos praticados pelo Estado.<sup>32</sup>

Este princípio tem lugar também nas *class actions* do direito estadunidense, com a finalidade de tutelar direitos que dificilmente receberiam a proteção judicial do Estado, como quando alguém sofre um dano de valor reduzido. O equilíbrio da situação poderia ser obtido com centenas ou milhares de pessoas que estivessem na mesma situação e pudessem se reunir com o escopo de solucionar o litígio por meio de uma única ação, com uma única sentença, que vinculasse todos os interessados. A ação coletiva desta forma coloca em situação de igualdade o grupo prejudicado e o demandado. Por outro lado, a ação coletiva protege os hipossuficientes, que não sabem que seus direitos foram violados ou que não têm iniciativa para pleiteá-los ou não contam com organização e independência para fazer valer os direitos em juízo.<sup>33</sup>

## 2. Princípio da universalidade da jurisdição

---

<sup>31</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 185

<sup>32</sup> APPIO, Eduardo. **A Ação Civil Pública no Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2007, p.24

<sup>33</sup> GIDI, Antonio. **Las Acciones Colectivas en Estados Unidos**. in *Procesos Colectivos – La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales em una perspectiva comparada*. México: Editorial Porrúa, 2004, p. 2

Segundo lição de Ada Pellegrini Grinover<sup>34</sup> trata-se de princípio “segundo o qual o acesso à justiça deve ser garantido a um número cada vez maior de pessoas, amparando um número cada vez maior de causas”. A finalidade deste princípio indica que o mesmo tem total pertinência com a filosofia do processo coletivo, onde se vislumbra a possibilidade de apreciação pelo judiciário de litígios de massa, que poderiam sequer chegar a ser discutidos em nível individual.

### 3. Princípio da participação

Este princípio está incluído em qualquer processo. No processo civil individual, a participação se resolve na garantia constitucional do contraditório. Já a participação no processo coletivo se faz também pelo processo.<sup>35</sup> Conforme Grinover, no processo coletivo o acesso das massas à justiça se dá pelos legitimados à ação coletiva, o denominado “representante adequado”.<sup>36</sup> Este princípio revela sua importância ante a possibilidade de participação da sociedade no exercício da jurisdição, por meio da legitimidade conferida às associações para a propositura da ação civil pública, vislumbrando-se aqui um traço democrático na participação no processo coletivo.

Mas, por que não conferir a legitimação para agir também ao cidadão? O assunto será discutido mais adiante, apontando-se as críticas favoráveis e desfavoráveis a essa legitimação, bem assim uma possível solução já existente na legislação pátria. O princípio ainda abarcaria o estímulo à intervenção do *amicus curiae*, como assinala Fredie Didier Jr., para quem esta “participação qualifica o contraditório e aprimora a decisão proferida no processo coletivo”.<sup>37</sup>

### 4. Princípio da ação

---

<sup>34</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. Coordenação: Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.12.

<sup>35</sup> Idem, ibidem, p.12.

<sup>36</sup> Ibidem, p.13.

<sup>37</sup> DIDIER, Fredie Jr. ZANETTI Jr. Hermes. **Curso de direito Processual Civil Processo Coletivo**. Salvador: Edições Juspodivm. 2007, p. 117.

É o princípio da ação ou demanda que indica a atribuição da parte de provocar o exercício da função jurisdicional, já que o juiz não age sem a provocação do interessado. De acordo com a previsão contida no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, o juiz pode ter iniciativa para estimular o legitimado a ajuizar a ação coletiva, dando ciência aos legitimados da existência de diversos processos individuais que abordem o mesmo bem jurídico.<sup>38</sup>

#### 5. Princípio do impulso oficial

O processo só pode ser instaurado mediante iniciativa das partes interessadas, pois em decorrência do princípio da inércia da jurisdição o juiz age de ofício, mas apenas quando provocado. Assim instaurada a relação jurídica, o Juiz não pode paralisá-la, cabendo-lhe zelar pelo andamento do processo.<sup>39</sup>

#### 6. Princípio da economia

Por este princípio, entende-se que o processo deve ter o emprego do mínimo de atos processuais, buscando-se o máximo de resultado. A legislação prevê a reunião de processos em caso de continência ou conexão, encerramento do feito em caso de detectada a litispendência, coisa julgada, convenção de arbitragem. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, a fim de identificar tais fenômenos leva em consideração o bem protegido, interpretação extensiva da causa de pedir, significando a possibilidade de reunião de processos com maior facilidade.

Consiste o princípio em comento, em fazer com que a lide não seja dispendiosa e demorada, bem como possibilitar o acesso de todos ao judiciário. Este princípio se amolda ao processo coletivo, pois neste há sensível redução de custo, emprego de materiais e pessoas, além de possibilitar julgamentos uniformes e, assim, concentrados, com a solução de um feixe de conflitos. De acordo com os

---

<sup>38</sup> GRINOVER, op. cit. p.13.

<sup>39</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 32.

ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover este princípio “preconiza o máximo de resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais”<sup>40</sup> Trata-se, portanto, de entregar uma solução efetiva a fim de atingir a almejada pacificação social. A mesma autora aponta que na aplicação do princípio o juiz pode valer-se da reunião de processos em casos de conexidade e continência e do encerramento do segundo processo m caso de litispendência. Prossegue a autora:

Outros institutos, como o reforço da coisa julgada de âmbito nacional e a expressa possibilidade de controle difuso da constitucionalidade pela via da ação coletiva, levarão ainda mais o processo coletivo a – na feliz expressão de Kazuo Watanabe – “molecularizar” os litígios, evitando o emprego de inúmeros processos voltados à solução de controvérsias fragmentárias, dispersas “atomizadas”.<sup>41</sup>

Este mesmo princípio é observado no direito estadunidense quanto às ações de classe, pois o objetivo imediato das ações coletivas é proporcionar eficiência e economia processual, ao permitir que múltiplas ações individuais repetitivas de uma mesma controvérsia sejam substituídas por uma única ação coletiva. As ações coletivas promovem economia de tempo e dinheiro não só para o grupo como para o judiciário e para o demandado.<sup>42</sup> Assim o que se pretende é o uso eficiente dos meios para alcançar a solução dos litígios, com o emprego do mínimo.<sup>43</sup>

## 7. Princípio da instrumentalidade das formas

O que se pretende é o as formas do processo limitem-se ao atendimento da finalidade, sejam jurídicos, sociais e políticos, devendo atentar-se

---

<sup>40</sup> GRINOVER, op. cit. p. 13.

<sup>41</sup> Idem.

<sup>42</sup> El objetivo más inmediato de las acciones colectivas ES proporcionar eficiencia y economía procesal, al permitir que una multiplicidad de acciones individuales repetitivas em tutela de una misma controvérsia sea substituída por una única acción colectiva. Las acciones colectivas promueven el ahorro de tiempo y dinero no solo para el grupo autor, como también para el Poder Judicial y para el demandado. GIDI, Antonio.. Op. cit. p.1.

<sup>43</sup> “promoting the efficient use of litigation”. TRAYNOR, Michael et al. **Aggregate Litigation**. Principles of the Law. The American Law Institute. . St. Paul, MN: American Law Institute Publishers, 2010, p. 37.

apenas para que a forma assegure o devido processo legal, com vistas á solução do litígio. Nas palavras de Ada Pellegrini Grinover “as normas que regem o processo coletivo devem se sempre interpretadas de forma aberta e flexível e o juiz encontrará nelas sustentáculo para uma postura menos rígida e formalista”.<sup>44</sup> Assim sendo, o processo não é um fim em si mesmo, devendo servir para solucionar a lide, atingindo assim a pacificação social. Os assuntos puramente formais não devem ofuscar a finalidade do processo, de forma que questões processuais não devem impedir ou retardar a apreciação do mérito. Neste sentido:

Não é mais admissível que o Poder Judiciário fique preso em questões formais, muitas delas colhidas em uma filosofia liberal individualista, já superada e incompatível com o Estado Democrático de Direito, deixando de enfrentar o mérito, por exemplo, de uma ação coletiva cuja causa de pedir se fundamenta em improbidade administrativa ou em dano ao meio ambiente<sup>45</sup>.

## 8. Princípio da Máxima Efetividade do Processo Coletivo

O processo coletivo de revestir-se do instrumental necessário para que seja efetivo, ou seja, para que se alcance a almejada tutela jurisdicional. Para tanto o juiz poderá determinar todas as diligências e provas para a descoberta da verdade. Este princípio é corolário do princípio de acesso à justiça, artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

A doutrina aponta outros princípios como, por exemplo, uma nova dimensão do princípio do contraditório, que se transmuda na tutela coletiva, uma vez que nem todos os interessados ingressam em juízo, mas são substituídos por um dos legitimados legais. “A garantia do contraditório continua presente no processo, nos mesmos moldes de outrora; no entanto, mitigam-se as conseqüências do não ingresso de todos os interessados em juízo”.<sup>46</sup> Do mesmo modo, a garantia de pleno acesso à justiça não pode apenas ser garantido formalmente, mas há que se ter à disposição os instrumentos necessários para que este acesso se efetive e que os

---

<sup>44</sup> GRINOVER, op. cit. 14.

<sup>45</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro – um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 572.

<sup>46</sup> ALMEIDA, Marcelo Pereira de. **A efetividade do processo coletivo como garantia à ordem jurídica justa**. In Bases Científicas para um renovado Direito Processual. Org. Athos Gusmão Carneiro e Petrónio Calmon. Salvador: Editora Juspodivm, 2009, p.83.



mesmos sejam adequados para alcançar a tutela pretendida, entendido como princípio da adequação da tutela jurisdicional. Por princípio da adaptabilidade do procedimento às necessidades da causa deve-se entender que não basta assegurar o ingresso em juízo, mas deve-se permitir a efetiva satisfação dos interesses, “invocando-se a promessa constitucional de acesso à ordem jurídica justa”.<sup>47</sup> Para tanto o procedimento deve ser adaptado para proporcionar a satisfação do interesse, ou seja, ainda que não haja procedimento específico a tutela jurisdicional deve ser prestada, adaptando o juiz o procedimento à realidade fática para proporcionar a solução do conflito. Almeida menciona o princípio da informação, contido nos artigos 6º e 7º da Lei 7347/85<sup>48</sup>, que garantem a ampla divulgação da demanda e a informação aos órgãos competentes:

a ampla divulgação, como princípio das demandas coletivas, é de extrema relevância principalmente quando se tratam de interesses individuais homogêneos, possibilitando assim a aderência ou não do interessado ao processo coletivo, conduzindo a efetivação dos julgados.<sup>49</sup>

É dever do Estado, em caso de procedência do pedido, promover a execução do julgado, por intermédio do Ministério Público, sob as sanções do artigo 15 da Lei 7347/85, em obediência ao princípio da obrigatoriedade da demanda coletiva executiva.

A doutrina indica também a importância do princípio do ativismo judicial, que enfatiza maior participação do juiz no processo “resultante do forte interesse público primário”<sup>50</sup> presente nas demandas coletivas, a exemplo do que ocorre nas demandas coletivas estadunidenses, as *class actions*. Este princípio flexibiliza o princípio da demanda, que atribui ao interessado a iniciativa de provocar o judiciário, competindo ao juiz estimular o legitimado a ajuizar a ação coletiva, mediante a ciência dos legitimados da existência de diversos processos individuais que versem sobre o mesmo bem jurídico, prevista no artigo 7º da lei 7347/85<sup>51</sup>.

---

<sup>47</sup> Idem, p. 85.

<sup>48</sup> Lei da Ação Civil Pública.

<sup>49</sup> ALMEIDA, op. cit. p. 85.

<sup>50</sup> DIDIER, op. cit. p. 118.

<sup>51</sup> “se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão as peças ao Ministério Público para as providências cabíveis”.

Todos esses princípios estão presentes em toda ação coletiva, podendo-se afirmar que existem elos entres eles. Como afirma Gidi<sup>52</sup>, “na medida em que as ações coletivas são um instrumento de economia processual, realizam o ideal de justiça e, por conseguinte, a efetivação do direito material”.<sup>53</sup>

---

<sup>52</sup> GIDI, op. cit. p. 2.

<sup>53</sup> No direito estadunidense são mencionados os seguintes princípios gerais:”Aggregation should further the pursuit of justice under Law by advancing the following goals: a) enforcing substantive rights and responsibilities; b) promoting the efficient use of litigation resources; c) facilitating binding resolutions of civil disputes and d) facilitating accurate and just resolutions of civil disputes by trial and settlement. Various. Principles of the Law. The American Law Institute. **Aggregate Litigation**. St. Paul, MN: American Law Institute Publishers, 2010, p. 37.

## CAPÍTULO II

### LEGITIMIDADE PARA AGIR

Neste capítulo, o propósito é discutir a trajetória legislativa e doutrinária relativa à legitimidade para agir, com ênfase para a preponderância dos interesses coletivos, nas últimas décadas, não só no Brasil, mas também no direito estrangeiro.

#### 2.1 – EVOLUÇÃO DA LEGITIMAÇÃO: DO INDIVIDUAL AO COLETIVO

A esse respeito, Mauro Cappelletti<sup>54</sup> afirma que a “questão social”<sup>55</sup> é o embasamento dos interesses difusos, que decorrem da sociedade contemporânea, caracterizada pelo “fenômeno de massa”. Diferentemente do que ocorria no período do predomínio do Estado liberal, no mundo contemporâneo, os danos ocorrem com preponderância no nível macro, com prejuízo a um número ilimitado ou indeterminado de pessoas, os quais, de igual forma que os individuais, precisam de proteção.

O traço marcante dos interesses difusos está na existência de uma pluralidade de titulares e a indivisibilidade do objeto de interesse, tem a necessidade de ser satisfeito a todo o conjunto e a dilação da entrega da prestação jurisdicional traz prejuízo para todo o grupo.

É preciso recordar, conforme entende Pedro Lenza<sup>56</sup>, que, ao contrário do que ocorria no Estado-Polícia, no qual a função do direito era apenas regular o indivíduo, “no Estado de Direito surge a preocupação em se atribuir à norma um determinado conteúdo”. Analisando a evolução do direito, a doutrina em uníssono tem proclamado que, na etapa liberal do Estado de Direito, a ênfase recaía na

---

<sup>54</sup> CAPPELLETTI, op. cit. p. 80.

<sup>55</sup> A isto se refere José Luiz Bolzan de Moraes, quando afirma que a questão social traz à baila os problemas próprios do desenvolvimento das relações de produção e aos novos conflitos de uma sociedade renovada radicalmente, com atores diversos e conflitos próprios a um modelo industrial-desenvolvimentista. **Do direito social aos interesses transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 79.

<sup>56</sup> LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 27.

preocupação com preservar o direito à liberdade e propriedade do indivíduo, com intervenção mínima do Estado<sup>57</sup>. No caso, prevalecia a liberdade contratual, a proteção da propriedade privada sem que se considerasse a liberdade de associação. O resultado desse modelo foi uma democracia proclamada, no plano formal, como a permissão de voto apenas censitário<sup>58</sup>. Como lembra Humberto Dalla<sup>59</sup>:

A lei não levava em consideração diferenças na condição social dos indivíduos, pois sua intenção era dar tratamento igual às pessoas somente em sentido formal, devendo ser, portanto, concomitantemente “clarividente e cega”. Este modelo é fruto do pensamento positivista, de um direito cujo pilar central é a “norma fundamental”.

O que se busca no positivismo é a segurança jurídica, mas o juiz, que no dizer Ost<sup>60</sup> é “o homem da lei”, é dogmático. Ost menciona os três tipos de julgador, Júpiter Hércules e Hermes. O juiz Júpiter adota o modelo codificado. A base científica deste modelo encontra-se em Hans Kelsen<sup>61</sup> e sua Teoria pura do Direito. O direito existe dissociado de outras ciências, como a filosofia e a moral, utilizando-se tão somente da norma fundamental, de onde todas as demais normas buscam legitimidade. O juiz Júpiter, como mencionado por Ost<sup>62</sup> considera as regras como únicas detentoras de força cogente. É o modelo do Estado que apenas garante condições mínimas, onde se prima pela igualdade formal e ignoram-se as desigualdades existentes entre os cidadãos. É o retrato do Estado mínimo. Desenha-se uma pirâmide, que atrai o olhar e de onde é irradiado todo o Direito, cumprindo-se o procedimento previsto na lei, não buscando o juiz a verdade.<sup>63</sup>

<sup>57</sup> “O Estado constitucional, representativo ou de Direito surge como Estado *liberal*, assente na idéia de liberdade e, em nome dela, empenhado em limitar o poder político tanto internamente (pela sua divisão) como externamente (pela redução ao mínimo das suas funções perante a sociedade)”. MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.4.

<sup>58</sup> Idem, p. 47.

<sup>59</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **A mediação e a solução dos conflitos no Estado Democrático de Direito. O “Juiz Hermes” e a nova dimensão da função jurisdicional**. Disponível em <<http://www.humbertodalla.pro.br/>>. Acesso em 30/06/2010.

<sup>60</sup> OST, François. **Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez**. In: Doxa, nº 14, 1993. Disponível em [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14\\_11.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_11.pdf)

<sup>61</sup> KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins fontes, 1999.

<sup>62</sup> OST, op. cit.

<sup>63</sup> PINHO, idem.

Constata-se, portanto, a passagem de um modelo metafísico para um direito racional de “base lógico-dedutiva”. Como enuncia Habermas<sup>64</sup> trata-se de um sistema fechado e autônomo, que possui uma base soberana, que é a lei (monismo jurídico), com o poder centralizado na mão do soberano (monismo político), e racionalidade dedutiva, que parte de uma norma fundamental. Assim o julgamento era apenas inspirado no texto da lei, e não uma opinião do juiz. Trata-se da aplicação do direito mediante processo dedutivo, qual seja o silogismo subsuntivo<sup>65</sup>. Recorda Marinoni<sup>66</sup> que:

Em razão disso, imaginava-se que, para a preservação da liberdade, seria fundamental manter o Estado longe da esfera dos particulares. Como o Estado liberal não se preocupava em proteger os menos favorecidos e em promover políticas públicas para uma organização comunitária mais justa, mas apenas em manter em funcionamento os mecanismos de mercado, sem qualquer preocupação com as diferenças das posições sociais, qualquer interferência do Estado junto aos particulares era vista como uma intromissão indevida.

O século XX, marcado por conflitos de natureza bélica, econômica, social e cultural e grande avanço técnico, registra o Estado Social, trazendo a questão social como principal enfoque. Jorge Miranda<sup>67</sup> indica os motivos pelos quais o Estado Social de Direito não é senão uma fase do Estado constitucional representativo ou de Direito, eis que, apesar do individualismo, que afasta a liberdade pública e privada das pessoas, persiste como valor básico da vida e a limitação do poder político um objetivo permanente, sendo o povo o titular deste. Nesse contexto, o Estado passa da intervenção mínima, para atuar com prestações positivas, tendo em vista atender a questões sociais, “o que traz à baila os problemas próprios ao desenvolvimento das relações de produção e conflitos emergentes de uma sociedade renovada radicalmente, com atores sociais diversos

---

<sup>64</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. Obj. de ref. p. 250.

<sup>65</sup> PINHO, op. cit.

<sup>66</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. **Do processo civil clássico à noção de direito à tutela adequada ao direito material e à realidade social**. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5046>>. Acesso em 30.06.2010.

<sup>67</sup>MIRANDA, op. cit. p.53.

e conflitos próprios a um modelo industrial-desenvolvimentista".<sup>68</sup> Comenta Humberto Dalla<sup>69</sup> a respeito:

o Estado Social não tem por finalidade apenas garantir uma esfera de proteção ao indivíduo frente a sua atuação; ele deve garantir mais; deve assegurar não só as liberdades clássicas mas também os efetivos mecanismos para o seu desfrute e exercício. A atividade estatal deixa de ser omissiva para ser comissiva. O papel preponderante do Estado Social é o fazer. Deve ser garantido ao indivíduo além de sua vida, de sua propriedade e de sua liberdade, direitos como saúde, educação, lazer, trabalho, moradia, seguridade social, etc. Se no Estado Liberal a ótica era a de uma igualdade formal, neste modelo a busca é por uma igualdade substancial ou real. A base jurídica deste Estado, portanto, não pode ser a rígida e cega base do positivismo clássico. A realização de fins sociais exige um direito mais flexível, adaptável às diferentes realidades fáticas, atento as particularidades do caso concreto.

As decisões são tomadas então pelo juiz Hercules<sup>70</sup> que prioriza a resolução de problemas, primando pela aplicação de princípios onde houver lacunas. Este modelo aproxima-se de países de common law, onde a jurisprudência é valorizada, como no direito estadunidense, onde princípios e não apenas regras são normas<sup>71</sup>, tendo ambas força cogente. É o modelo do Estado social ou assistencial, onde a pirâmide está invertida.

De acordo com José Luiz Bolzan de Moraes<sup>72</sup>, a preocupação com a ampliação das garantias coletivas pretende corrigir o individualismo característico do liberalismo clássico. No Estado Social, também os interesses dos grupos figuram nas responsabilidades do Estado que, em face das novas exigências da sociedade, vê-se obrigado a regular e proteger os interesses difusos e coletivos. O Estado volta-se também para o grupo, podendo ser assinalado, entre seus princípios, a máxima prioridade na proteção e efetivação dos direitos transindividuais, devendo o Estado priorizar os direitos sociais fundamentais. O sistema jurídico é dinâmico, aberto e, ao contrário do anterior, tem diversas fontes do direito, e por base a jurisprudência, a decisão do caso concreto, invertendo-se a pirâmide. Abandona-se o silogismo subsuntivo e adota-se a ponderação de princípios, a proporcionalidade e

---

<sup>68</sup> MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**. Livraria do Advogado, 1996, p.79.

<sup>69</sup> PINHO, op. cit.

<sup>70</sup> OST, op. cit.

<sup>71</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>72</sup> MORAIS, op. cit. p. 73.

razoabilidade nas decisões. O direito não se origina mais de uma norma geral e abstrata, mas de decisões judiciais de casos concretos. De acordo com Ost<sup>73</sup> o juiz é um engenheiro social, é mais atuante e eqüidistante das partes, embora quanto a estas, no processo, nada tenha sido alterado, mantendo-se o paternalismo. Não há participação do cidadão e o Estado é incapaz de resolver os conflitos sociais e de promover transformações.

O Estado Democrático de Direito surge para romper com as concepções individualistas do Estado liberal, transformando a realidade social. Como assinala Gregório Assagra de Almeida: “a democracia aqui não tem um sentido formal, como no Estado liberal, mas precisamente substancial e se pauta pela efetivação dos direitos fundamentais e pela preservação da dignidade da pessoa humana.”<sup>74</sup>

No Estado Democrático de Direito, conforme ensina Canotilho “há uma ordem de domínio legitimada pelo povo, na qual o Estado se organiza e atua em termos democráticos”.<sup>75</sup> A necessidade de transformação da sociedade e do Estado acarretam modificações no processo judicial. Leciona Dalla que “o núcleo central desse modelo, portanto, é o discurso (racionalidade comunicativa) e a participação”<sup>76</sup>. Neste sistema está o juiz Hermes mencionado por François Ost<sup>77</sup> que procura atingir a todos, mediando conflitos, não estando atrelado a códigos, mas buscando na jurisprudência, nos costumes, nas convenções internacionais, nos princípios gerais e na doutrina a solução dos conflitos. Ost entende o Direito atual como:

Um Direito que sem cessar de ser ele mesmo, apresenta-se em certas ocasiões como no estado fluido, que lhe permite colocar-se nas situações mais diversas e ocupar assim suavemente todo o espaço disponível suportando – chegando ao caso – fortes compressões.

---

<sup>73</sup> OST, op. cit.

<sup>74</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro – um novo ramo do direito processual**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 55.

<sup>75</sup> CANOTILHO, José Joaquim G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 7ª Edição, 2003, p.98.

<sup>76</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **A mediação e a solução dos conflitos no Estado Democrático de Direito. O “Juiz Hermes” e a nova dimensão da função jurisdicional**. Disponível em <<http://www.humbertodalla.pro.br/>>. Acesso em 30/06/2010.

<sup>77</sup> OST, op. cit.

O que se depreende do juiz Hermes, assinalado por Ost, é que o homem atual não é apenas sujeito de Direito, mas detém responsabilidade, inclusive coletiva, superando as idéias individualistas de outrora. Deste modo a decisão judicial não mais atinge somente o indivíduo ou o seu pequeno entorno, mas pode ter influência também global. O processo que privilegia o direito individual, os denominados direitos fundamentais de primeira geração, tais como a liberdade, dominante nos séculos XVIII e XIX, em que se privilegia o acesso formal à justiça, dá lugar, no século XX, ao modelo processual coletivo. Com efeito, a solução de conflitos de forma coletiva é uma forma de atingir o acesso à justiça, além de evitar decisões conflitantes, pois a um só tempo proporciona a diminuição de demandas e o acesso dos que individualmente ou desconhecem os seus direitos ou entendem que pelo montante a ser percebido a demanda não valeria a pena.

A partir do século XX, com as revoluções socialistas, dá-se uma visão mais social dos direitos, tendo o marxismo contribuído para dar à classe operária a qualidade de povo<sup>78</sup>, passando-se a reivindicações não mais individuais, mas coletivas. Surgem os direitos fundamentais de segunda geração, exigindo do Estado ações que tragam bem-estar, com a valorização do trabalho e da educação, por exemplo. Importante papel foi desenvolvido pelas associações e sindicatos para melhor atuação em defesa dos direitos coletivos, ou de grupo. O exemplo exposto por Mancuso<sup>79</sup> traduz o poder da aglutinação em torno da defesa de interesses: “não se concebe que o empregado possa, vantajosamente, enfrentar o titular do capital; mas a categoria toda dos empregados pode fazê-lo, não raro com sucesso”.

O direito processual, em face da globalização e dos conflitos decorrentes da denominada sociedade de massa, sofre uma modificação passando da busca da proteção do direito individual para a necessidade de solução dos conflitos decorrentes da proteção de interesses que atingem um grupo ilimitado ou indeterminado de pessoas. A proteção dos direitos coletivos e a disponibilização de instrumentos para esse fim, de acordo com Ferraresi<sup>80</sup>, se tornaram exigência

---

<sup>78</sup> BENASSE, Marcos Antonio. BENASSE, Maria Cristina Kunze dos Santos. **As ações Coletivas: Panorama histórico e a ação civil pública como instrumento de economia processual e acesso à justiça.**

<sup>79</sup> MANCUSO, Rodolfo de Carmago. **Interesses difusos – Conceito e legitimação para agir.** 5ª ed. rev. e atual. – São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2000, p.39.

<sup>80</sup> FERRARESI, Eurico, Ação popular, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo. Instrumentos Processuais Coletivos. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 4.



constitucional, colocando-se entre os direitos e garantias fundamentais. Nas palavras de Humberto Dalla<sup>81</sup>:

O juiz do presente modelo é mais humano, reconhece suas limitações e busca apoio nos interessados pelos desfechos da relação processual. Verifica-se, pois, que a superação do princípio monológico que rege a atuação do juiz Hércules é exatamente pelo fato de que o mesmo afasta a idéia de cooperação como condição para o desenvolvimento de um procedimento de bases racional, discursiva e valorativa de determinação da justiça no caso concreto<sup>82</sup>. E tal superação, em verdade, deve ser buscada tanto no interior da própria jurisdição como por métodos não-jurisditionais de pacificação social, tal qual é a mediação.

Nesta mesma linha verifica-se que o processo civil contemporâneo torna-se um instrumento de participação política da coletividade na gestão das coisas públicas. Para Dinamarco<sup>83</sup> trata-se do processo civil de massa, o que indica a necessidade de técnicas para solução destes conflitos.

A segunda onda renovatória do direito processual, decorrente dos estudos de Cappelletti e Garth<sup>84</sup>, já anunciava a superação do processo como modo de apreciação de questões apenas individuais, dando lugar, ou coexistindo com a solução de conflitos abrangentes, de parte ou de toda a coletividade.

A legislação brasileira, no que pertine ao processo civil, está impregnada do modelo de processo que visa proteger o indivíduo nas lesões a seus direitos subjetivos. Os conceitos contidos no Código de Processo Civil de 1973, ainda vigente, demonstram isto de forma clara quando menciona a questão da legitimidade para agir. De acordo com o artigo 6º do referido código, que trata da legitimidade ordinária e extraordinária “ninguém pode pleitear, em nome próprio direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. Como se percebe não há nenhuma

---

<sup>81</sup> PINHO, op. cit.

<sup>82</sup> Luiz Guilherme Marinoni, tratando das repercussões da transformação do direito sobre a figura do juiz, ensina: “O juiz não é mais a boca da lei, como queria Montesquieu, mas sim o projetor de um direito que toma em consideração a lei à luz da Constituição e, assim, faz os devidos ajustes para suprir as suas imperfeições ou encontrar uma interpretação adequada, podendo chegar a considerá-la inconstitucional no caso em que a sua aplicação não é possível diante dos princípios de justiça e dos direitos fundamentais”. MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil: Teoria Geral do Processo**. Vol. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Obj. de citação p. 54.

<sup>83</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. **Fundamentos do Processo Civil moderno**. São Paulo: Malheiros, 2000, vol.1, p.408.

<sup>84</sup> Op. cit. p. 59.

preocupação com os interesses difusos e coletivos. Como noticia Zavascki<sup>85</sup> o sistema processual civil brasileiro vem sofrendo reformas, “ondas”. A primeira destas reformas iniciou-se em 1985 e caracterizou-se pela introdução de instrumentos para solução das demandas coletivas, a tutela de direitos e interesses transindividuais e a própria ordem jurídica “abstratamente considerada”.

Numa segunda etapa, a partir de 1994, objetivou-se o aperfeiçoamento ou ampliação dos mecanismos para adequá-los às necessidades das demandas propostas. Na primeira fase estão incluídas a ação civil pública, por meio da lei 7.374/85, que visa a responsabilização por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a direitos e interesses difusos de modo geral; a lei 7.853/1989, para tutela dos interesses transindividuais das pessoas portadoras de deficiências; o Estatuto da Criança e do Adolescente, lei 8.069/90; a lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor; a lei 8.429/92 que trata da probidade na administração pública; a lei 8.884/94 da ordem econômica e a lei 10.741/2003 que tutela os interesses dos idosos.

A legitimidade para agir na defesa dos direitos e interesses transindividuais envolvidos em cada um desses diplomas legais está afeta ao denominado substituto processual, no caso, o Ministério Público, com previsão no artigo 129, inciso III, da Constituição Federal, as pessoas jurídicas de direito público e as associações que tenham por finalidade institucional a defesa e a proteção dos bens e valores ofendidos, expressamente previstos na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso XXI e artigo 8º, inciso III.

### 2.1.1 – O significado de interesse

Antes de adentrar no estudo da questão da legitimidade para a propositura da ação civil pública, cabe uma breve digressão acerca do significado de interesse, que se visa proteger por meio desta ação.

---

<sup>85</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo – Tutela de Direitos coletivos e tutela coletiva de Direitos**. 4ª ed. Ver. E atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 14.

A palavra interesse<sup>86</sup> comporta diversos sentidos, podendo ser tomado no sentido “laico, social, geral, público, coletivo, individual, subjetivo e simples”, como os elenca Mancuso<sup>87</sup>. A este trabalho toma-se o significado no sentido de coletivo e difuso. Este se caracteriza pela indeterminação dos sujeitos, diz respeito a uma coletividade, sem possibilidade de identificar os seus titulares, pela indivisibilidade e indisponibilidade do objeto, pela intensa litigiosidade interna, são interesses soltos, fluidos e disseminados, sem vínculo jurídico de base. Nos interesses coletivos, que também se referem a uma coletividade, há possibilidade de identificação, mais ou menos certa, dos indivíduos que a ela pertencem. Assim seus titulares estão em grupos, categorias ou classes de pessoas ligadas por uma relação jurídica, sendo o objeto indivisível e indisponível.

O parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) elucida esses conceitos, sendo que o artigo 21 da Lei 7.347/85 determina a aplicação destes significados. Humberto Dalla observa a este respeito que a classificação utilizada é equivocada, pois que os direitos individuais não são estáticos e não admitem uma classificação definitiva. De acordo com o autor esses direitos são dinâmicos, na medida em que refletem a pretensão de uma coletividade que está em constante mutação<sup>88</sup> e calcando-se na experiência estadunidense esclarece:

Talvez fosse o caso de o legislador abandonar a classificação no plano material (no direito civil) e adotar uma classificação no plano processual, de modo a conceber apenas duas espécies de ação, de acordo com a divisibilidade ou não do direito e, conseqüentemente, de acordo com o destinatário do valor a ser percebido a título de indenização (o fundo, no primeiro caso e os lesados, no segundo).

Ao lado dos interesses mencionados, relativos à metaindividualidade, encontram-se os interesses individuais homogêneos, ligados à idéia de direito subjetivo, que abarcam interesses individuais. Aqui há o interesse comum, mas

---

<sup>86</sup> Conforme lição de Eurico Ferraresi entende-se por “interesse” a posição do indivíduo frente a um bem da vida que possa satisfazer alguma de suas necessidades. Subjetivamente, “interesse” é a valoração que o sujeito faz a respeito desse mesmo bem. Op. cit. p. 36.

<sup>87</sup> MANCUSO, op. cit. p.13.

<sup>88</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de **A legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações civis públicas: primeiras impressões e questões controvertidas**. Disponível em <[www.humbertodalla.pro.br/.../a\\_legitimidade\\_da\\_dp\\_para\\_propor\\_acp.PDF](http://www.humbertodalla.pro.br/.../a_legitimidade_da_dp_para_propor_acp.PDF)>. Acesso em 17.08.2009.

ocorre a divisibilidade, sendo possível a identificação dos titulares e o que cabe a cada um deles. Entretanto, por terem origem comum, são tratados coletivamente. Inexiste relação jurídica base, como nos interesses coletivos, mas mera circunstância de fato que vincula os indivíduos e é possível que, embora possam ser reivindicados individualmente, exista a possibilidade da defesa coletiva de tais interesses.

Na definição de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade<sup>89</sup>, os interesses e direitos homogêneos são os decorrentes de origem comum (art. 83 III CDC) direitos individuais cujo titular é perfeitamente identificável e cujo objeto é divisível e cindível. Não se trata de pluralidade subjetiva de demandas (litisconsórcio), mas de uma única demanda coletiva, objetivando a tutela dos titulares dos direitos individuais homogêneos.

A ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos é a *class action* brasileira. De acordo com o artigo 81 do CDC podem ser objeto de ações coletivas: a) interesses difusos: direitos transindividuais, indivisíveis, cujos titulares são pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato, independente da existência de vínculo formal entre elas. Indivisibilidade do bem jurídico a ser protegido, ou seja, “a satisfação dos interesses difusos a um indivíduo implica necessariamente na satisfação de outros, já que a lesão atingirá toda a coletividade”<sup>90</sup>; b) Interesses coletivos em sentido estrito: direitos transindividuais, indivisíveis, cujos titulares são grupos, categorias de pessoas ou classes ligadas entre si, ou com a parte contrária por uma idêntica relação jurídica base “e não por circunstâncias fáticas, como ocorre com os direitos difusos”<sup>91</sup>; e c) interesses individuais homogêneos: direitos que têm a mesma origem e permitem identificar os titulares interessados, o membro ou grupo, a categoria ou classe. Trabalhadores vítimas de agrotóxico, por exemplo.

Os interesses coletivos, de acordo com Mancuso<sup>92</sup>, podem ser observados sob três sentidos: interesse pessoal do grupo, que corresponde ao interesse mesmo da pessoa, jurídica ou moral, não configurando coletividade ou

---

<sup>89</sup> Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante, p. 1440.

<sup>90</sup> PINHO, op. cit.

<sup>91</sup> Idem.

<sup>92</sup> MANCUSO, op. cit. p. 13.

grupo; interesse coletivo, como soma de interesses individuais, correspondendo tão-só a um feixe de interesses individuais, sem que tenha perdido a sua essencialidade; interesse coletivo como "síntese" de interesses individuais, correspondendo a um ente que sintetiza interesses semelhantes e harmonizados pelo fim comum. O mesmo autor acrescenta que os interesses difusos também caracterizam a efemeridade de sua duração.

Os interesses e direitos homogêneos são os decorrentes de origem comum, conforme estatui o inciso III do artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor, cujo titular é perfeitamente identificável e cujo objeto é divisível e cindível. Os interesses individuais são relativos a pessoa física ou jurídica, isoladamente considerada, embora resultantes de relacionamentos sociais, já os interesses coletivos dizem respeito a categorias profissionais e econômicas e os interesses difusos se referem indiretamente a toda comunidade, como os relacionados ao meio ambiente, à defesa do patrimônio histórico-cultural (Lei 7.347/85), à defesa dos consumidores (CF, art. 5º, XXXII). Para a distinção entre interesses difusos e coletivos em relação aos interesses individuais homogêneos é a potencialidade da lesão no que concerne aos dois primeiros e a efetividade da lesão em relação ao terceiro. Analisa Humberto Dalla em relação à possibilidade de tutela de direitos individuais homogêneos, conforme o parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, que a falta de conceituação do legislador induziu ao entendimento equivocado de que esses direitos não possam ser “encaixados nas conceituações de direitos difusos e coletivos”<sup>93</sup>. De acordo com o autor:

direitos individuais homogêneos são os que têm por base uma mesma circunstância fática, sendo os seus titulares determinados ou ao menos determináveis, distinguindo-se exatamente nesse ponto dos direitos difusos, que também têm por base a mesma circunstância fática, todavia seus titulares são indeterminados.

A possibilidade de determinação daqueles que foram afetados é o que caracteriza os interesses individuais homogêneos, já que a lesão é comum a todos eles. Humberto Dalla<sup>94</sup> indica que o direito individual homogêneo “é direito individual

---

<sup>93</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A natureza jurídica do direito individual homogêneo e a sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à justiça**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 33.

<sup>94</sup> Idem.

complexo, porque diz respeito às necessidades, aos anseios de uma única pessoa” sendo que tais necessidades são as mesmas de todo o grupo de pessoas, donde surge a relevância social. Na esfera trabalhista podem-se citar como exemplos de interesses difusos os casos de discriminação na contratação (CF, art. 7º, XXX) ou de ascensão funcional ou contratação sem concurso público em empresa estatal (CF, art. 37, II). Seriam interesses coletivos de natureza trabalhista quaisquer lesões genéricas e potenciais a toda a coletividade dos empregados de uma determinada empresa, em relação a quaisquer dos direitos trabalhistas constitucionalmente garantidos (CF, art. 7º; LC 75/93, art. 83, III).<sup>95</sup>

A forma como é tratada a legitimidade nas ações coletivas será objeto de análise a seguir, estudando-se primeiramente o direito comparado e a seguir o tratamento adotado na legislação pátria.

## 2.2 – NOTÍCIA DO DIREITO COMPARADO

Nesta seção, procura-se aprofundar a compreensão da legitimidade, com respaldo no direito comparado, buscando-se uma melhor compreensão do instituto.

### 2.2.1 – Os modelos nos países de common law

A doutrina aponta o instrumento jurídico denominado *Bill of peace*, editado pelas “Courts of Chancery”, na Inglaterra, no século XVII, como a origem da tutela coletiva, e no direito norte-americano a “Equity Rule” de 1833. No entanto, Aluisio Mendes<sup>96</sup>, aponta que o primeiro caso de que se tem notícia ocorreu por volta de 1199 e dizia respeito à pretensão formulada pelo pároco Martin perante a Corte Eclesiástica de Canterbury, em face dos paroquianos de Nuthamstead, membros de um grupo específico de pessoas, que consistia no direito a oferendas e

---

<sup>95</sup> MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **A importância da Ação Civil Pública no âmbito Trabalhista**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_25/artigos/Art\\_MinistroIves.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_25/artigos/Art_MinistroIves.htm)> Acesso em 25/05/2008.

<sup>96</sup>MENDES, op. cit. p. 38.

serviços diários. O referido autor menciona ainda o caso que teria ocorrido anos antes, 1179, em Paris, em que aldeões da vila Rosnysous-Bois, teriam reivindicado o fim da condição de servos, em face do abade e dos clérigos de Santa Geneveva. A questão teria sido solucionada, mais de cinquenta anos depois, em 1246, quando os aldeões teriam obtido a liberdade. Outros exemplos podem ser mencionados ainda na época medieval, como o fato ocorrido em Helpingham face à comunidade de Donington e Bykere, para que fossem reparados diques que beneficiariam o povoado de Helpingham; e o caso de Scarborough versus Roger Cross e outros. O traço marcante é que, nessas demandas, são parte alguns indivíduos, que defendem, entretanto, o interesse de toda a comunidade e não os seus interesses individuais. Como ressalta Aluisio Mendes:

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

Ademais, observa-se que neste período da história o direito inglês tinha ainda mais acentuado o costume e, assim sendo, plausível que se admitisse que, apenas alguns, geralmente homens “distintos e dotados de prudência”, pudessem, independentemente de outorga de poderes, defender interesses do grupo, o que se tornou prática freqüente. Nos séculos XVI e XVII houve um decréscimo nas demandas de grupo (*group litigations*) e, por conseguinte, surgem questionamentos em relação à estas ações, notadamente no que se refere à legitimidade. Anteriormente, no período medieval, a legitimação era aceita sem maiores questionamentos. Posteriormente, já no século XVII, predominam as ações declaratórias e mandamentais, com caráter preventivo, já que resolvidas as questões relativas ao cumprimento da obrigação, poderia ser evitado o feito indenizatório e condenatório. Verifica-se certo declínio nas demandas de grupo no período de 1700 a 1850, em face de do incremento das corporações, sendo certo que “o final do século XIX e o início do século XX marcaram, praticamente o

desaparecimento das ações coletivas na Inglaterra por longo período”.<sup>97</sup> Menciona a doutrina o caso *Prudential Assurance Co., Ltd. v. Newman industries, Ltd.*, como importante precedente que marca a divisão do processo em duas etapas: uma de natureza declaratória, fase coletiva e outra de cunho condenatório, onde os indivíduos buscavam estabelecer a condenação e seus respectivos direitos.

Essas *representative actions* estavam previstas em regras da Suprema Corte, sendo que, de acordo com a Regra 12 “quando uma grande quantidade de pessoas possuísse o mesmo interesse, em qualquer procedimento, o processo poderia ser iniciado e prosseguir”, se a corte não determinasse de outro modo, por iniciativa de um interessado apenas, que estaria desta forma representando os demais. Nas palavras de Aluisio Mendes:

Os legitimados estariam defendendo interesses próprios e alheios, o que caracteriza a legitimação extraordinária, que os ingleses chamam de representação” se colocaria ao lado da ordinária, diferenciando-se das hipóteses tradicionais de classificação e demandando, por conseguinte, até mesmo uma nova repartição das espécies.<sup>98</sup>

De outro lado a Regra 13 da Suprema Corte inglesa previa que as ações poderiam ser ajuizadas por pessoas que não detinham a titularidade do litígio. A doutrina cita também a *relator action* inglesa, cabível para a defesa de interesses difusos, em que o Procurador Geral, a exemplo do Ministério Público na ação civil pública brasileira, representando o interesse público, ajuíza este tipo de ação, e o faz diretamente ou pode autorizar um grupo a fazê-lo. No fim do século XX, conforme leciona Aluisio Mendes, o direito inglês conquista um código escrito, o Código de Processo Civil (*Rules of Civil Procedure*), que substitui os costumes e regras editadas pelas cortes:

As novas regras são extremamente flexíveis em vários sentidos e conferem amplos poderes aos juízes. Em primeiro lugar, há que se destacar que o processo pode conter questões predominantemente coletivas e outras de natureza individual, sendo possível, portanto, a repartição do procedimento tendo em vista estas peculiaridades.<sup>99</sup>

---

<sup>97</sup> MENDES, op. cit. p. 43.

<sup>98</sup> *Idem*, p. 47.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 55.



No direito norte-americano encontra-se a inspiração da ação civil pública brasileira. Com a herança recebida da Inglaterra, a primeira codificação a respeito foi editada em 1842, pela Suprema Corte estadunidense, a *Federal Equity Rule 48*, que admitiu a ação de classe, quando o número de partes fosse tão elevado que o seu comparecimento em juízo causaria grande inconveniente e retardamento no processo. A análise acerca da dispensabilidade da presença das partes cabia ao juiz, assim como a análise das condições de representação adequada dos ausentes, já que a regra não permitia que a sentença prejudicasse o direito material destes,

representando assim, a própria denegação do caráter coletivo do processo, tendo em vista que apenas os presentes estariam vinculados ao *decisum*, não significando assim mudança substancial em relação ao resultado obtido com institutos processuais tradicionais, como o litisconsórcio.<sup>100</sup>

A Equity Rule 48 foi revogada em 1912, pela Suprema Corte, passando a vigor a Rule 38, aplicada nos casos de equidade. A importância da revogação residiu no fato de que suprimiu-se a parte final da norma, quanto aos efeitos vinculativos para aqueles que não estivessem presentes no processo, o que na prática não resultou tratamento uniforme da questão pelos tribunais. A partir de 1938, com a edição do Código de Processo Civil, em âmbito federal, existindo dentre as *Federal Rules of Civil Procedure*, a *Rule 23* que regulava as *class actions*, que poderiam ser usadas em todo o processo e não apenas nos casos de equidade. Nesta regra estavam previstas três categorias de ações coletivas, tomando por base a natureza do direito: a) as puras ou *true class actions*, que pressupunham a existência da unidade absoluta de interesse (*unity of interest*) o que implica a natureza indivisível do direito ou interesse; b) as híbridas ou *hybrid class action*<sup>101</sup>, em que os membros da classe compartilham o interesse em relação a um bem jurídico, que está sendo objeto da ação, porém o direito não é comum a todos, como na hipótese de concurso de credores e c) a *spurious class action*, onde há pluralidade de interesses, mas decorrentes de uma questão comum de fato ou de direito, indicando a agregação dos direitos individuais para a utilização de uma ação

---

<sup>100</sup> MENDES, op. cit. p. 62.

<sup>101</sup> Tornada obsoleta pela superveniência de uma legislação de falências, de acordo com ensinamento de Humberto Dalla, op. cit.

comum, ocorrendo no caso “pessoas ligadas por determinadas circunstâncias que estivessem pleiteando a mesma espécie de provimento jurisdicional”.<sup>102</sup>

A primitiva versão da *Rule 23*, em face das controvérsias criadas diante da complexidade de sua redação, foi alterada, em 1966, dando-se uma versão mais prática, suprimindo-se as antigas categorias, coma instalação do regime de “*opt-out*” para as ações coletivas, que tutelam direitos individuais homogêneos e dispensa de notificação para as ações populares, que tutelam direitos difusos<sup>103</sup>. Desde então vem sendo alterada, como em 2005, por meio do denominado *Class Action Fairness Act (CAFA)*, que, estabeleceu pressupostos processuais e condições da ação, dividindo-se desta forma: a) requisitos de admissibilidade das *class actions*; b) espécies legais de *class actions* com modelos processuais distintos; c) certificação e prosseguimento da ação como coletiva; d) poderes diferenciados para o juiz; e) extinção do processo e transação; f) recurso contra negativa de certificação. Ferraresi<sup>104</sup> anota que em dezembro de 2007 a *Rule 23* foi reorganizada, com ordenação dos enunciados. Importante notar que, diferentemente do sistema brasileiro<sup>105</sup>, o sistema federativo estadunidense permite que os Estados-membros editem normas processuais. Como assinala Ferraresi<sup>106</sup>:

Nos países de *common law* não existem projetos que busquem a uniformidade entre as ações coletivas, nos moldes do Código Ibero-Americano de Processos Coletivos. Mesmo dentro dos Estados Unidos, não há proposta de unificação dos diversos modelos de ações coletivas. O fato de possuir uma regulamentação federal das *class actions* – *Federal class action rule* – não impede que os 50 Estados norte-americanos e o Distrito de Columbia tenham suas próprias ações de classe.

Assevera, ainda, o mesmo autor que sendo a *class action* uma ação judicial de representação<sup>107</sup>, em que o autor identificado está ingressando com a ação coletiva em favor de todos os membros não identificados da classe, o demandante age independentemente da vontade do interessado, que terá o direito de exclusão (*opt out*), o que deverá requerer como previsto na *Rule 23 b-3*.

<sup>102</sup> De acordo com a lição de Aluisio Mendes, op. cit. p. 66.

<sup>103</sup> PINHO, op.cit.

<sup>104</sup> FERRARESI, op. cit. p. 153.

<sup>105</sup> No Brasil, de acordo com o artigo 22, I da Constituição Federal a competência é da União.

<sup>106</sup> FERRARESI, op. cit. p. 151.

<sup>107</sup> Expressão usada por Owen Fiss. Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre a jurisdição, constituição e sociedade.

Entre os requisitos de admissibilidade da *class action* está a necessidade de identificar a classe ou conjunto de pessoas interessadas, grupo ou categoria, que não está limitada aos entendimentos econômicos, político ou cultural do termo, mas de acordo com o que for adequado para o caso. A classe tem de ser determinável especialmente em razão dos efeitos que o processo ensejará para o caso, especialmente para *class action for damages*, por conta da notificação que ensejará o estabelecimento do contraditório. Deve-se ter em conta também a numerosidade ou *numerosity*<sup>108</sup> e inconveniência do litisconsórcio, ou seja, a dimensão da classe deve ser suficiente para tornar impraticável a reunião de todos os litigantes, resultando impossível o litisconsórcio. O número não é limitado, mas deve ser considerado junto com outros aspectos como a dispersão geográfica, insignificante valor patrimonial, natureza e complexidade das causas, entre outros que sejam capazes de tornar inconveniente a litigância individual. Consideram-se, ainda, as questões comuns de fato e direito<sup>109</sup>, *commonality*, o que significa que as questões sejam comuns à classe e relevantes para a causa<sup>110</sup>. A identidade de pretensões ou defesas entre representante e classe representada, *typicality*, deve ser tratado em conjunto com o requisito da representatividade adequada, *adequacy of representation*, devendo o representante proteger justa e adequadamente os interesses da classe<sup>111</sup>. Observe-se que no sistema brasileiro o rol de legitimados está previsto em lei, artigos 5º da lei 7.347/85 e 82 da lei 8078/90, ao contrário do sistema estadunidense em que este requisito não se encontra previamente fixado.

As class actions estão divididas, de acordo com a alínea *b* da regra, em: b.1. A – *injunctive class action* que se destina a evitar julgamentos desarmônicos para membros de determinada classe, evitando que sentenças imponham àquele que litiga contra a classe, obrigações contraditórias, e possibilita apenas provimentos mandamentais e declaratórios; b.1. B: onde o ausente será

<sup>108</sup> The class is so numerous that joinder of all members is impracticable.

<sup>109</sup> Questions of law or fact common to the class.

<sup>110</sup> A este respeito lembra Ferraresi que tal requisito - questão comum - está presente no direito brasileiro quando é afirmado que a defesa dos direitos difusos ocorrerá sempre que os titulares sejam pessoas indeterminadas, porém ligados por circunstâncias de fato a teor do disposto no artigo 81, parágrafo único, I, do CDC. O mesmo ocorre quando a titularidade recair num grupo por uma relação jurídica Bse (direito coletivo), artigo 81, parágrafo único, II do CDC e na defesa coletiva de direitos individuais homogêneos quando se deve demonstrar a origem comum, artigo 81, parágrafo único, III do CDC. In **Ação Popular, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 157.

<sup>111</sup> FERRARESI, op. cit. p. 159.

afetado pelo processo, dispondo de seus direitos pessoais apesar de atender a classe como um todo. O que se pretende “é a proteção do pólo ativo da demanda das ações coletivas, evitando que os recursos disponíveis sejam completamente direcionados para os membros do grupo que conseguirem um julgamento favorável. Esse tipo é usado nos denominados *limited fund cases*”<sup>112</sup>; b.2: quando alguém atua ou recusa-se a atuar de modo uniforme perante a classe, ou seja, quando se trata de maneira não isonômica, pode ter contra si requerido tutela mandamental ou declaratória que encerre o assunto; b.3: que tem entre os seus exemplos a efetivação de direitos civis, como discriminação racial, religiosa ou sexual, discriminação de preços (abuso do poder econômico) ou venda casada; b.3: *class actions for damages, (opt-out class)* onde as questões de fato e direito comuns predominam sobre as questões individuais para a resolução da causa, ainda que o vínculo de cada um seja autônomo em relação ao objeto, correspondendo à ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos do direito brasileiro. Neste tipo permite-se que o cidadão que não queira ser atingido pelos resultados do processo exercer o seu direito de exclusão, o que não é possível nas ações previstas na *Rule 23 b. 1 e 23 b.2*, denominadas de *mandatory non-opt-out class*, onde todos serão atingidos pela demanda coletiva.

Ferraresi<sup>113</sup> aponta que a grande crítica que se faz às *class actions* estadunidenses está no uso abusivo que os escritórios de advocacia (*entrepreneurial lawyer*), especializados em ações coletivas de massa, fazem destas ações, como a captação de clientes, com o fim de “achacar grandes empresas”.

## 2.2 .2 – Os modelos nos países de civil law

Nos países de civil law os países seguiram o modelo romano-germânico, com a adoção de códigos, a partir do século XIX, com grande desenvolvimento no que tange ao direito privado, buscando para o direito público subsídios no sistema de *common law*. Ferraresi indica que a partir do Renascimento, ou seja, ente os séculos XIV e XVI, os países tiveram duas escolhas,

---

<sup>112</sup> Ibidem, p. 160.

<sup>113</sup> FERRARESI, op. cit. p. 145.

seguir a cultura desenvolvida pelos romanos, opção da Europa Continental, adaptando-se às regras locais ou desenvolver um novo direito, constituído pelos costumes e a jurisprudência, o que foi seguido pela Inglaterra.<sup>114</sup> Nos países de common law como os Estados Unidos as regras processuais coletivas são elaboradas pela Suprema Corte, ao passo que em países de civil law estas regras advêm normalmente do legislador, embora sejam encontradas diferenças entre os países, cada um com suas peculiaridades, mas sempre com pontos em comum.

São encontrados três tipos de legitimação<sup>115</sup>: legitimação privada, em que é legitimada a pessoa física e/ou as associações; legitimação pública, em que o legitimado é o ente público, e a legitimação mista, em que se admite a legitimação tanto das pessoas físicas, como de associações e entes públicos. Como acentua Watanabe<sup>116</sup> poucos são os países que adotam apenas a legitimação privada ou somente a legitimação exclusivamente pública. Nos países de civil law normalmente a legitimação é mista, havendo a fiscalização do processo, quando não for parte o ente público, com assunção da causa em determinadas circunstâncias, como titular da ação, se ocorrer a desistência ou abandono da causa.

O artigo 81, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor brasileiro exige a superioridade do mecanismo da tutela coletiva sobre a individual identificada na condição da ação do interesse de agir. Deve estar configurada a representatividade adequada, ou seja, o autor deve ser capaz de defender adequadamente os interesses dos membros da classe que estejam ausentes no processo, ou seja, como pressuposto da *class action*, está a legitimidade. No direito brasileiro a legitimação ativa para as ações coletivas está conferida na lei, ou seja, é atribuída *ope legis*. A questão mais discutida é relativa à legitimidade das associações, cabendo ao juiz, na maioria dos casos, decidir sobre a legitimação no caso concreto, se a representatividade está ou não adequada, como se verá mais adiante.

Cabe lembrar que embora as questões de massa sejam a predominantes, nem todos os países de *civil law* possuem sistema processuais que

---

<sup>114</sup> Idem, p. 146.

<sup>115</sup> WATANABE, Kazuo. **Os processos coletivos nos países de civil Law e common Law – uma análise de direito comparado**. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2008, p. 301.

<sup>116</sup> WATANABE, op.cit. p. 302.

estejam voltados à solução desses conflitos. A legislação normalmente é esparsa, resolvendo pontualmente as questões, sem a preocupação de sistematizar o procedimento, o que leva à “falta de coerência global dos textos”<sup>117</sup>. O Brasil, como lembra Ferraresi, neste ponto, conta com legislação própria voltada à proteção de direitos supra-individuais.<sup>118</sup>

### 2.3 – A representatividade adequada (*adequacy of representation*)

A representatividade adequada é um requisito de admissibilidade do processo coletivo, que pode ser estabelecido na lei e/ou examinado pelo juiz, em que são aferidos requisitos de legitimado para a ação coletiva, tais como a seriedade, credibilidade, capacidade técnica e econômica. Este requisito é especialmente importante nos países em que se admite a legitimidade de pessoa física e associações<sup>119</sup>. A representatividade adequada originou-se nas *class actions* estadunidense, onde o legitimado para agir é o representante adequado, o que tem aptidão e não titularidade para melhor tutelar a situação jurídica litigiosa<sup>120</sup>. No sistema de *class action* a legitimidade de associações (*associational standing*) é avaliada considerando a legitimidade individual dos membros, pertinência temática, não exigência de participação individual pela situação litigiosa ou pelo pedido<sup>121</sup>.

Países de civil law, como Uruguai, por construção jurisprudencial, Argentina e Paraguai, adotam este critério, bem assim no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero – América<sup>122</sup>. A este respeito Aluisio Mendes comenta:

---

<sup>117</sup> FERRARESI, op. cit. p. 149.

<sup>118</sup> Idem.

<sup>119</sup> WATANABE, op. cit., p. 302.

<sup>120</sup> ROCHA, Luciano Velasque. **Ações Coletivas – O problema da legitimidade para agir**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.142.

<sup>121</sup> Idem, p. 143.

<sup>122</sup> De acordo com este código são legitimados concorrentemente para a ação coletiva: I – qualquer pessoa física, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de qua seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato; II – o membro do grupo, categoria ou classe, para a defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos; III – o Ministério Público, o Defensor do Povo e a Defensoria Pública; IV – as pessoas jurídicas de direito público interno; V – as

A abertura, em termos de *legitimatío ad causam*, veio acompanhada do estabelecimento de requisitos específicos para a propositura da demanda coletiva, visando, assim, a um controle, em concreto, quanto à seriedade, viabilidade e importância da demanda coletiva que se pretende propor. Para as ações coletivas em geral, passariam a ser exigíveis a representação adequada do legitimado e a relevância social da tutela coletiva. E, para a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos, é também necessária a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso específico<sup>123</sup>.

O requisito da representatividade adequada em países de common law constitui pré-requisito para a certificação da ação coletiva, aferido pelo juiz que examina as condições do representante e seu advogado. Em caso de não haver aprovação do representante a ação não pode prosseguir. Este requisito é relevante no que se refere à extensão dos efeitos da coisa julgada. Grinover<sup>124</sup> sustenta que a representatividade adequada no caso brasileiro seria desejável “a fim de obstar pretensões infundadas de associações *ad hoc* ou para temperar o “excesso de zelo” que acomete o Ministério Público”.

O Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero - América estabelece como requisitos da ação coletiva, a representatividade adequada, que poderá ser analisada pelo juiz a qualquer tempo e em qualquer grau do procedimento<sup>125</sup>, podendo em caso de indeferimento, de desistência infundada ou abandono da ação por pessoa física entidade sindical ou associação legitimada, notificar o Ministério Público e outros legitimados adequados para que assumam a demanda, bem assim a relevância social da tutela coletiva, considerando a natureza do bem protegido e número de interessados abrangidos. No que tange aos direitos individuais homogêneos o mesmo Código prevê a necessidade de aferição da

---

entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinada à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo código; VI – as entidades sindicais, para a defesa dos interesses e direitos da categoria; VII – as associações legalmente constituídas há pelos menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos no código, dispensada a autorização assemblear; VIII – os partidos políticos, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais. Ressalte-se que tanto o *Defensor del Pueblo* quanto as entidades sindicais foram incluídas na segunda versão do Anteprojeto e, na atual versão, foram ainda acrescentados, por proposta do autor deste artigo, a Defensoria Pública e os Partidos Políticos.

<sup>123</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **O Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual**. Disponível em [www.mundo.jurídico.adv.br](http://www.mundo.jurídico.adv.br). Acesso em 15/03/2010.

<sup>124</sup> GRINOVER, op. cit.

<sup>125</sup> Artigo 3º, parágrafo 4º.

predominância das questões comuns sobre as individuais e a utilidade da tutela coletiva<sup>126</sup>. Pedro Lenza<sup>127</sup> entende que:

Atrelados às regras principiológicas que ilustram as ações coletivas e ao novo papel assumido pelo magistrado nas sociedades de massa, conduzem à conclusão de que o sistema pátrio permite ao juiz, seguindo a tendência da legislação alienígena, o controle sobre a representatividade adequada dos legitimados ativos, devendo indeferir o processamento de lides quando flagrantemente temerárias ou se verificada a representatividade inidônea e inadequada.

#### 2.4 – A LEGITIMIDADE NAS AÇÕES COLETIVAS BRASILEIRAS

O Código de Processo Civil de 1973 adotou, seguindo a doutrina do jurista Liebman<sup>128</sup>, a teoria eclética da ação, estabelecendo que o exercício do direito de ação é possível de acordo com o que prescreve no inciso VI do artigo 267, quais sejam: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e a legitimação para a causa. A este estudo interessa a legitimidade, que pode ser conceituada como a pertinência subjetiva para ação.

Como observa Mancuso<sup>129</sup> a pertinência ou coincidência “é estabelecida *prima facie*, a partir daquilo que é sustentado pelas partes: saber se a pretensão, corresponde ou não ao direito subjetivo material já constituirá o mérito da controvérsia”<sup>130</sup>. Para aferir tal pertinência é necessário que a parte comprove a tríplíce capacidade, ou seja, que esteja no exercício de seus direitos, ou devidamente representada ou assistida, acompanhada de advogado ou detenha o *ius postulandi*, este encontrável em sede trabalhista ou na primeira instância nos juizados especiais.

---

<sup>126</sup> Artigo 2º, I e II, parágrafo 1º.

<sup>127</sup> LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 191.

<sup>128</sup> LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Vol. 1, 4ª. ed. Rio de Janeiro:Forense, 1984, p. 20.

<sup>129</sup> Op. cit. p. 160.

<sup>130</sup> Idem.



Para Humberto Dalla<sup>131</sup> é preciso investigar a dimensão da legitimidade sob o aspecto político-social e, assim, construir um elo entre os mundos político e jurídico. No campo do direito individual, partindo-se dos ensinamentos de Barbosa Moreira<sup>132</sup> e Donaldo Armelino<sup>133</sup>, verifica-se que o ponto comum entre a legitimidade político-social e a legitimidade jurídica está na justificação do exercício do poder. Deste modo, assevera Dalla, o conceito de legitimidade é formado a partir de dois elementos, o objetivo “que representa a qualidade atribuída pela ordem jurídica” e o subjetivo, “que indica a existência de uma situação de fato legitimante e que autorize a atuação do referido sujeito”<sup>134</sup>

A legitimação é conferida normalmente ao titular da relação jurídica litigiosa. Quando ocorre a coincidência entre os sujeitos da relação jurídica de direito processual e o sujeito da relação jurídica de direito material, a legitimação é dita ordinária. Se não ocorre esta coincidência, a legislação prevê no artigo 6º do Código de Processo Civil, que aquele que não é o sujeito da relação jurídica de direito material possa, em nome próprio, defender em juízo a posição jurídica de outrem, assumindo posição de parte na relação jurídica de direito processual. Neste caso trata-se de legitimação extraordinária. Esta se subdivide, conforme a necessidade de presença do legitimado, em subordinada ou autônoma. Ressalta Aluisio Mendes<sup>135</sup> que a doutrina não é pacífica quanto à classificação da legitimação na tutela coletiva, podendo ser apontadas três posições: a) legitimação ordinária; b) legitimação autônoma; e c) legitimação extraordinária.

Para entender as posições doutrinárias acerca da natureza da legitimidade ativa para ação civil pública é necessário lembrar que legitimado é aquele que é detentor do direito material e que se diz lesado e que, portanto, deseja a intervenção do Estado para a solução do conflito. Este é o legitimado ordinário. Os

---

<sup>131</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações civis públicas: primeiras impressões e questões controvertidas**. Disponível em <http://www.humbertodalla.pro.br/>. Acesso em 30/06/2010.

<sup>132</sup> BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 404, junho/1969, p. 9-10.

<sup>133</sup> ARMELINO, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro**. São Paulo: Revista dos tribunais, 1976.

<sup>134</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações civis públicas: primeiras impressões e questões controvertidas**. Disponível em <http://www.humbertodalla.pro.br/>. Acesso em 30/06/2010.

<sup>135</sup> MENDES, op. cit. p.252.

que partilham esta idéia<sup>136</sup> argumentam que o Ministério Público e os demais legitimados agem em nome próprio defendendo interesses próprios, sendo que o Ministério Público está defendendo interesse público “do qual é titular como órgão do Estado, da própria sociedade como um todo”.<sup>137</sup>

Aluisio Mendes menciona que alguns autores, fugindo da classificação clássica, afirmam ser a legitimidade autônoma, linha adotada por Nelson Nery Jr e Rosa Maria de Andrade Nery<sup>138</sup>, que entendem que a divisão legitimidade ordinária e extraordinária pertence ao processo que discute questões de direito individual, sendo que no processo coletivo não haveria necessidade de indagar-se a natureza da legitimidade, pois quando a lei legitima alguma entidade a defender o direito não individual, o legitimado não está defendendo direito alheio em nome próprio, já que não se pode identificar o titular do direito. A questão de determinar quem pode representar os interesses do grupo em uma ação é tema que suscita controvérsias e é uma das mais importantes no estudo das ações coletivas.

Em determinadas situações, a lei permite que alguém em nome próprio defenda interesse alheio, sendo esta situação excepcional e dita então legitimação extraordinária ou substituição processual, que não se confunde com a representação processual, em que alguém postula em nome alheio, direito alheio. Além desta distinção aponta-se o fato de que, na substituição processual, o substituto não depende de autorização do substituído, o que não ocorre na representação. O substituto processual, portanto, prescinde da vontade do titular da relação jurídica material. Eurico Ferraresi leciona que:

A doutrina preponderantemente entende que o autor coletivo atua em regime de legitimidade extraordinária porque defende todo o grupo lesado; daí porque preferir o reconhecimento da substituição processual, ou legitimação extraordinária<sup>139</sup>.

A legitimidade nas ações coletivas brasileiras segue o modelo misto,

<sup>136</sup> Nesta linha de pensamento Paulo Cezar Pinheiro Carneiro que a legitimidade era ordinária porque a ação coletiva o interesse tutelado é da coletividade e assim todos têm certa ligação com ele, não havendo razão plausível para se falar em tutela em nome próprio de interesse alheio. In **O Ministério Público e a Lei da Ação civil Pública – dez anos na defesa dos interesses difusos e coletivos**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Vol. 2, p. 148.

<sup>137</sup> MENDES, op. cit. p.252.

<sup>138</sup> Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, p. 1885.

<sup>139</sup> FERRARESI, op.cit. 107.

portanto, concorrente e autônomo, qual seja a legitimação para o cidadão na ação popular, e a legitimação de entidades estatais e associações, nas demais ações, estabelecidas na lei, mas sem necessidade, em princípio, de aferição pelo juiz como se dá na representação adequada utilizada em outros ordenamentos. Alguns doutrinadores “com base na experiência americana (art. 23 das *Federal Rules*) admitem o controle judicial da representatividade adequada”.<sup>140</sup> Não seria suficiente a previsão legal dos legitimados, seria necessário verificar se o legitimado possui as qualificações necessárias que o tornam o representante apto a conduzir a demanda coletiva. Um critério possível a ser observado seria a da pertinência temática<sup>141</sup>, ou seja, se existe vínculo de afinidade entre o legitimado e o objeto da demanda, o que já está previsto no Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América, artigo 2º, § 2º, bem assim o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, artigo 20, § 1º.

Pondera Humberto Dalla<sup>142</sup> que a legitimidade nas ações coletivas é de natureza política, já que o legislador não conferiu ao interessado, sujeito da relação de direito material, a legitimidade ativa. Nessa linha defende o autor que a legitimidade da Defensoria Pública, por exemplo, “é fruto de uma escolha discricionária do legislador, que aponta expressamente os entes que considera capacitados para a tutela coletiva, independentemente da vinculação ou não ao direito material em jogo”. Analisando o direito comparado, principalmente o estadunidense, lembra o mesmo autor, as teorias que embasam a legitimidade nas *class actions*, que são três: teoria da comunidade de interesses, preponderante no século XIX, teoria do consenso, que abrange o período de 1938 a 1966 e a teoria substantiva da ação coletiva, que surge após a reforma de 1966. No que tange à primeira teoria a classe deve constituir uma unidade, cuja definição não ficou clara. A teoria concebia a classe como uma unidade unitária, que derivaria da “própria estrutura das relações jurídicas envolvidas”. De acordo com a teoria do consentimento, ao contrário da “*community of interests*”, parte da individualidade dos interesses envolvidos na ação de classe. Ao indivíduo compete confrontar as

---

<sup>140</sup> DIDIER JUNIOR, Fredie. **O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas (o art. 82 do CPC)**. In *Processo Civil Coletivo*. Coordenação Rodrigo Mazzei e Rita Dias Nolasco. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 96-97.

<sup>141</sup> Nomenclatura usada pelo STF na ADIn 1.792.

<sup>142</sup> PINHO, op. cit.

vantagens e desvantagens da demanda, o que pode diminuir os custos da demanda, mas em contrapartida o indivíduo perde o controle da mesma, ainda que permaneça vinculado aos efeitos da sentença, ainda que lhe acarrete prejuízo. Esta teoria não obteve grande acolhida pela jurisprudência. Surge, após a reforma de 1966, a teoria substantiva (*substantive theory*) das ações coletivas, em que se vislumbra nestas ações forma de acesso à justiça, mormente em demandas de pequena monta, que isoladamente poderiam ser sequer apresentadas. Conclui o autor que a partir desta teoria pode-se inferir a legitimidade da Defensoria Pública, pelo fato de viabilizar o acesso à justiça.<sup>143</sup>

Recorde-se, por fim que a Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001, veda a propositura da ação civil pública, por qualquer legitimado, em que a tutela pretendida envolva tributos, contribuições previdenciárias, o FGTS<sup>144</sup> ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente considerados. Como será adiante mencionado, quando se tratar da legitimidade do Ministério Público, esta Medida Provisória é considerada inconstitucional, em face da inexistência de urgência e relevância na sua edição.

#### 2.4.1 – Ação Popular

A ação popular brasileira está prevista na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso LXXIII<sup>145</sup> e na lei 4717/65. É oportuno recordar que a ação popular foi incluída nas Constituições brasileiras a partir da de 1934 até a atual, de 1988, excluindo a de 1937, face ao regime ditatorial então vigente, sendo conservadas duas regras básicas à questão da legitimidade para a sua propositura, que está afeta aos cidadãos e finalidade, qual seja pleitear a anulação ou declaração de nulidade de atos ilegais e lesivos ao patrimônio público. O inciso do mencionado

---

<sup>143</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações civis públicas: primeiras impressões e questões controvertidas**. Disponível em <http://www.humbertodalla.pro.br/>. Acesso em 30/06/2010.

<sup>144</sup> Fundo de Garantia por Tempo de Serviço.

<sup>145</sup> inciso LXXIII do art.5º: Qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise 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.

artigo 5º do texto constitucional, ampliou o alcance da ação popular, ao permitir que seja proposta ação visando 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<sup>146</sup>.

A alteração introduzida pela lei 6.513/77 no conceito de patrimônio público indica a tutela jurisdicional de interesse transindividual. Configura espécie de ação coletiva, como a ação civil pública, mas com esta não se confunde, já que o objeto da ação civil pública é mais amplo como se depreende do texto do artigo 129, III do texto constitucional. Como salienta Assagra, o elemento diferenciador será o subjetivo, já que pode haver coincidência de objeto, pois ambas tutelam o direito coletivo. E assim, é na legitimidade que se estabelece a distinção, pois que na ação popular o legitimado ativo é o cidadão e “assim o faz no exercício de sua soberania”<sup>147</sup>, consoante artigo 1º, parágrafo único, da Constituição Federal.<sup>148</sup> A tendência majoritária da doutrina e jurisprudência é no sentido da legitimidade do cidadão, adotando-se o conceito formal, a mera “fruição do direito político ativo”<sup>149</sup>, o que não se coaduna com os princípios constitucionais da Constituição Federal de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã. Em sentido amplo a cidadania comporta a garantia à liberdade, à igualdade, à vida, à integridade física e, sobretudo, o direito à educação, à saúde, ao trabalho e também aos direitos políticos, embora a estes não se limite. É necessário observar que a lei ordinária 4.717/65, foi editada em época ditatorial, portanto em muito o conceito de cidadão ali expresso se distancia dos ditames democráticos da Carta de 1.988. Recorde-se que o princípio constitucional da participação não se restringe à possibilidade de votar e ser votado, mas também de participar efetivamente de debates, assegurando-se o

---

<sup>146</sup> A lei 6.513/1977 alterou a redação do artigo 1º, §1º da ação popular inserindo uma nova definição para patrimônio público: “consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.

<sup>147</sup> ALMEIDA, op. cit. p. 390.

<sup>148</sup> Neste sentido a lição de José Afonso da Silva: “A função que se exerce mediante a propositura da ação popular se inclui na órbita da soberania popular (art. 1º, §12º da Constituição), e é, por regra, exercício em nome do povo por seus representantes. Todavia, a ação popular lhe dá oportunidade de exercer diretamente, por iniciativa de qualquer cidadão, aquela função fiscalizadora. Donde se vê que, muito ao contrário da tese defendida pela doutrina, a ação popular constitui uma forma de exercício de direitos políticos pelo próprio titular desses direitos, como titular da soberania popular. No sistema brasileiro, tal instituto, efetivamente, atua uma forma de participação do cidadão na vida política; constitui de fato, uma derrogação, mas uma derrogação do princípio de que essa participação se faça por meio de representantes” SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 87.

<sup>149</sup> SILVA NETO, Manuel Jorge. Curso de Direito Constitucional.

exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, enfim os direitos fundamentais. Ingo Sarlet a propósito afirma:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera da disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material.<sup>150</sup>

A origem da ação popular remonta ao direito romano, onde se permitia ao cidadão que comparecesse em juízo para defesa do interesse comum, por meio das *actiones populares*. Mancuso<sup>151</sup> lembra que primitivamente a ação popular, além do interesse comum, visava também o interesse particular do cidadão, passando posteriormente a abrigar apenas o interesse comum. No direito moderno e contemporâneo a doutrina<sup>152</sup> indica a Bélgica e, posteriormente, a França, onde teria surgido a ação popular e, sob esta influência, surgiu a ação popular eleitoral na Itália.

O fato que mais acentuado interesse desperta na ação popular brasileira é a possibilidade de legitimidade de qualquer cidadão para a defesa de interesse coletivo. Zavascki aponta o fato como “extremamente significativo, tanto do ponto de vista processual quanto do ponto de vista da cidadania”. Prossegue o autor:

Processualmente, atribuir a alguém a legitimidade ativa para defender direito de quem não é titular representou um desafio ao dogma, cuja essência ainda hoje é preservada como regra pelo CPC (art. 6º) de afirmar a necessária identidade entre o titular da relação de direito processual e o da relação de direito material deduzida na demanda<sup>153</sup>.

Do ponto de vista da cidadania, a possibilidade da propositura da ação popular por qualquer cidadão, caracteriza a participação na vida política “um significativo marco de afirmação dos direitos de cidadania. É o cidadão tutelando em

<sup>150</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6ª. ed, Porto Alegre:Livraria do Advogado, 2006, p. 89.

<sup>151</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular**. Revista de Processo, vol. 27, p. 176.

<sup>152</sup> ALMEIDA, op. cit. p. 382.

<sup>153</sup> ZAVASCKI, op. cit. p. 78.

juízo” direito que tem a coletividade a um governo probo e a uma administração honesta”.<sup>154</sup> De acordo com a redação da lei 4.717/65, a prova da cidadania se faz por meio do título eleitoral ou documento equivalente, artigo 1º, § 3º, admitindo-se o litisconsórcio, a assistência ao autor, ou a assunção da causa em caso de desistência, inclusive pelo Ministério Público, que não é legitimado primitivamente. O *parquet* funciona, em todo caso, como *custos legis*, devendo acompanhar a ação, agilizar a produção de provas e promover a responsabilidade civil ou criminal dos culpados.

Acerca da cidadania pondera Assagra, no mesmo sentido do exposto anteriormente, que o texto constitucional não exige seja o cidadão-eleitor o legitimado, já que a expressão utilizada pela lei é apenas cidadão. Sendo a ação popular uma garantia constitucional fundamental prevista no artigo 5º, inciso LXXIII, não é pertinente a interpretação restritiva, não estando o parágrafo 3º, do artigo 1º da lei 4.717/65 recepcionado pela Constituição Federal de 1988, ou seja, a exigência de apresentação do título de eleitor como prova da cidadania é uma “restrição indevida à condição de cidadão para efeitos de legitimidade para o ajuizamento de ação popular”.<sup>155</sup>

Com isso tem-se que a concepção de cidadão deva ser extraída de um dos mandamentos nucleares da Constituição Federal, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, que está previsto como um dos mandamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro, artigo 1º, III, da CF. Com efeito, conclui-se que todos os que devam ser respeitados na sua dignidade de pessoa humana têm legitimidade ativa para o ajuizamento da ação popular: o analfabeto que não se alistou, os maiores de 70 anos, cujo voto também é facultativo, os que não estejam em dia com o serviço eleitoral, os presos com direitos políticos suspensos, os índios etc.<sup>156</sup>

O objeto da ação é zelar pela boa e proba administração do patrimônio pertencente às pessoas de direito público e às entidades direta ou indiretamente controladas pelo Estado, ou seja, o que se visa é a proteção dos interesses de toda a coletividade, sendo o instrumento pioneiro na defesa de interesses difusos da sociedade, com a legitimação do cidadão, que age como substituto processual, caracterizando, portanto uma legitimação extraordinária. O interesse defendido é

---

<sup>154</sup> ZAVASCKI, op. cit. p. 78.

<sup>155</sup> ALMEIDA, op. cit. p. 437.

<sup>156</sup> Idem.

difuso, de sujeitos indeterminados, ou seja, a titularidade pertence a todos, e assim prevalece sobre o interesse do cidadão e seu interesse individual.

Como já mencionado o que se visa com a ação popular é a anulação de ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente ou ao patrimônio histórico e cultural. A lei menciona a lesividade relativa a determinados atos administrativos, artigos 2º e 3º, sendo que neste caso o autor da demanda deverá provar a ocorrência da lesão e quanto a outros, artigo 4º, a lesividade do ato, de acordo com construção doutrinária, é presumida. Os atos administrativos são passíveis de convalidação, quando caracterizada a inexistência de prejuízo ao interesse público ou a terceiros. Desta forma, excluídos os atos de lesividade presumida e lesão à moralidade administrativa, o autor da demanda deverá provar a lesão do ato praticado. Assim, somente os “atos ilegítimos e não suscetíveis de convalidação é que podem ser anulados e somente podem ser anulados por ação popular os atos que, além de ilegítimos, sejam também lesivos aos bens e valores enunciados no inciso LXXIII do artigo 5º da Constituição”.<sup>157</sup> Adite-se que a inclusão do princípio da moralidade administrativa na Constituição Federal de 1988, artigo 37, trouxe para os agentes públicos uma regra de conduta, cuja violação pode levar à nulidade do ato. A norma é de natureza coercitiva e está inserida nos princípios que compõem os direitos e garantias fundamentais. A moralidade administrativa, como princípio que é, está associada a valores éticos, como honestidade, lealdade, boa-fé, bons costumes, equidade e justiça e, assim sendo o ato contaminado pela violação da legalidade é passível de nulidade. O elemento de contaminação é subjetivo, porque ligado à pessoa do agente, e ocasiona o abuso de poder e o desvio de finalidade. Como lembra Zavascki “o que se espera do agente público é um comportamento que demonstre ter assumido como móbil da sua ação a própria idéia do dever de exercer uma boa administração”<sup>158</sup> e sendo quebrada esta expectativa e, assim, violado o princípio da boa-fé objetiva, violado o padrão de ética e honestidade que se espera do administrador, o ato por este praticado resta contaminado ensejando a nulidade, desafiando a ação popular, via legitimidade atribuída ao cidadão.

---

<sup>157</sup> ZAVASCKI, op. cit. p. 82.

<sup>158</sup> Idem, p.86.



A tutela pretendida não se limita, na ação popular, a um provimento de anulação de ato lesivo, mas antes à prevenção da prática da lesividade, como as violações a monumentos históricos ou ao meio ambiente. Em razão disto, decorre que a sentença que acata o pedido, determinará que se restaure, ou devolva ao *status quo ante* o bem lesado ou “medidas que importem resultados práticos equivalentes”, com aplicação subsidiária das normas do Código de processo Civil, como autorizado pela lei 4717/65, artigos 7º e 22º. A sentença, sendo procedente, decreta a invalidade do ato e condena o responsável ao pagamento de perdas e danos.

Tratando-se de direito transindividual tutelado a sentença tem eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, com exceção de pedido julgado improcedente por deficiência de provas. Assim ocorrendo, qualquer outro cidadão poderá propor nova ação com idêntico fundamento, valendo-se de novas provas, conservando-se o bem jurídico pertencente a toda coletividade em caso de má atuação do substituto processual, “que por desídia ou má-fé ou colusão, pode ter favorecido ou concorrido para o juízo de improcedência”.<sup>159</sup>

#### 2.4.2 – Ação Civil Pública

Noticia, Ives Gandra<sup>160</sup>, que a ação civil pública brasileira tem sua matriz na *class action* americana para defesa coletiva contra dano sofrido homogeneamente e pleiteando indenização, da qual derivaram também a *action d'intérêt publique* francesa, que são ajuizadas pelo Ministério Público ou associações com sua autorização para defesa do consumidor, com vistas à obrigação de fazer ou não fazer, a *representative action* inglesa, que são submetidas previamente ao *General Attorney* e com natureza declaratória de reconhecimento do dano causado a interesses dos consumidores e o *Odhasionprozess* alemão, para a proteção do consumidor, com obrigação de fazer ou não fazer. Dentre os benefícios apontados para este tipo de ação estão a economia, a eficiência e a uniformidade decisória.

---

<sup>159</sup> ZAVASCKI, op. cit. 92.

<sup>160</sup> MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **A importância da Ação Civil Pública no âmbito Trabalhista.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_25/artigos/Art\\_MinistroIves.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_25/artigos/Art_MinistroIves.htm)> Acesso em 25/05/2008.

No Brasil, a ação civil pública está prevista na lei 7.347/85. Antes a defesa de direitos difusos e coletivos fazia-se por meio de sanções penais e administrativas, o que não está afastado já que o código Penal prevê sanções destinadas á proteção do patrimônio histórico, arqueológico e turístico, poluição de água potável, e como contravenção a emissão de gases, fumaças e vapores que possam agredir a coletividade.

A denominação “ação civil pública” não é considerada correta, já que a legitimidade para a sua propositura não pertence somente ao Ministério Público, e o bem tutelado é supra-individual e não público. Como informa Carlos Henrique Bezerra Leite<sup>161</sup> a expressão ação civil coletiva apareceu pela primeira vez no Código de Defesa do Consumidor, artigo 91 e, posteriormente, no art. 6º XII, da LOMPU<sup>162</sup>, que inseriu ação civil coletiva no rol dos instrumentos de atuação do Ministério Público da União. Na justiça comum a ação civil pública e ação civil coletiva têm sido utilizadas indistintamente para a defesa de qualquer interesse individual homogêneo, já que ambas são assemelhadas às *class actions* do sistema norte-americano, adaptado a um sistema de civil law como o brasileiro. As mesmas direções tomam os anteprojetos de Código de Processos Coletivos para Ibero - América e o Código Brasileiro de Processos Coletivos. Lembra Ferraresi<sup>163</sup> que a expressão “ação civil pública” seria destinada à tutela de direitos difusos e coletivos e a “ação civil coletiva” às demandas relativas a direitos individuais homogêneos do Código do Consumidor. Contudo, a importância da distinção seria “apenas prática e didática”.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 129, III, admite a defesa de "outros interesses difusos e coletivos" não elencados expressamente na lei. A lei nº 8.078/90, ao instituir o Código de Defesa do Consumidor, deu ao inciso IV do art. 1º da Lei da Ação Civil Pública a sua redação originalmente aprovada pelo Congresso Nacional, permitindo incluir os interesses difusos e coletivos de natureza

---

<sup>161</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual Do Trabalho**, 5ª ed. São Paulo: Editora LTr, 2007, p.1159.

<sup>162</sup> Lei Orgânica do Ministério Público da União - Lei Complementar 75/1993.

<sup>163</sup> FERRARESI, op. cit. p. 202.

trabalhista entre aqueles passíveis de serem tutelados por meio desse instrumento processual.<sup>164</sup>

A ação civil pública é destinada à defesa de interesses difusos ou coletivos. Exemplificativamente, no âmbito trabalhista, por meio de ação coletiva, podem ser defendidos os direitos coletivos sociais e conexos ao contrato de trabalho, assegurados na Constituição Federal e em outros diplomas normativos e direitos de qualquer natureza cuja defesa esteja inserida nos fins institucionais da entidade sindical. Na questão ambiental, como garantia constitucional que é, pode vir a ser defendido mediante a ação civil pública. Ada Pellegrini Grinover<sup>165</sup>, neste sentido, afirma que a ação civil pública pode visar à reparação de danos sofridos por vítimas de acidentes ecológicos, com base nos artigos 91 a 100 do Código de Defesa do Consumidor. É o caso do que ocorreu na cidade de Volta Redonda, RJ, com a contaminação, pelos dejetos industriais da Companhia Siderúrgica Nacional, do lençol freático e do Rio Paraíba do Sul<sup>166</sup>, em que foram afetados de modo brutal não só os trabalhadores, pela contaminação do ambiente insalubre da usina, mas toda a coletividade pela contaminação do rio, com significativas perdas, não só de qualidade de vida, mas de sustento, já que os peixes existentes no rio, em face da contaminação sofreram mutações genéticas, impedindo a pesca.

Esta ação surgiu no contexto das ondas de reforma do processo, nos estudos de Mauro Cappelletti e Bryan Garth, ocorridas em âmbito mundial a partir dos anos 60, tendo por finalidade a ampliação do acesso à justiça, permitindo que qualquer espécie de lesão e de lesado tivesse condições de obter uma solução para o direito desrespeitado.<sup>167</sup> O acesso dos interesses difusos à justiça, antecipado na

<sup>164</sup> MARTINS FILHO, op.cit. .

<sup>165</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. **Ações ambientais de hoje e de amanhã**. In: Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 250-256.

<sup>166</sup> "A CSN deve contratar uma auditoria independente para fazer uma análise da malha hídrica de toda a Usina Presidente Vargas, em Volta Redonda, verificando o nível de contaminação do solo e das águas subterrâneas de sua planta. A recomendação é do procurador do Ministério Público Federal (MPF), Rodrigo da Costa Lines, e foi divulgada na semana passada. A recomendação é uma medida extrajudicial e, segundo o procurador, se houver recusa ou omissão da empresa em segui-la, pode resultar numa ação civil pública". Notícia veiculada no site "Foco Regional". Disponível em: <<http://www.focoregional.com.br/page/noticias.asp?t=MPF+QUER+AUDITORIA+TOTAL+NA+CSN&id=935>>. Acesso em 25/05/2010. O fato ocorreu em agosto de 2009, mas não é isolado. A CSN vem poluindo a cidade de Volta Redonda, praticamente desde a sua criação por Getúlio Vargas.

<sup>167</sup> Idem.

segunda onda dos estudos de Cappelletti e Garth<sup>168</sup>, está previsto na lei que instituiu a ação civil pública.

A finalidade da ação civil pública é a obtenção de um provimento jurisdicional que faça cessar a lesão existente, relativamente ao meio ambiente, ao consumidor, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, infração à ordem econômica e da economia popular, e a ordem urbanística. Este rol é meramente exemplificativo, valendo salientar que toda e qualquer lesão a direito supra-individual pode, por meio da ação civil pública, ser tutelado. Para a reparação direta dos danos em relação ao passado, o ordenamento jurídico-processual brasileiro prevê a ação civil coletiva, criada especificamente para a defesa de interesses individuais homogêneos, com provimento reparatório a teor do artigo 91 da lei nº 8.078/90. Ives Gandra<sup>169</sup> sustenta a impossibilidade de utilização da ação civil pública para a defesa de interesses difusos e coletivos, argumentando que “tanto a natureza do instrumento processual, que não visa a um provimento jurisdicional reparatório direto do lesado, quanto a interpretação literal do art. 129, III, da Constituição Federal, que admite tão somente a defesa de interesses difusos e coletivos através da ação civil pública, não permitem outra conclusão:

a finalidade da ação civil pública é, precipuamente, obter um provimento jurisdicional que faça cessar a lesão existente, pensando fundamentalmente no futuro (ainda que se possa pedir uma reparação abstrata e genérica em relação ao passado). Para a reparação direta dos danos em relação ao passado, o ordenamento jurídico-processual brasileiro prevê a ação civil coletiva, criada especificamente para a defesa de interesses individuais homogêneos, com feição reparatória (Lei nº 8.078/90, art. 91).<sup>170</sup>

No que tange à coisa julgada Ronaldo Lima dos Santos<sup>171</sup> assinala que a principal característica da coisa julgada coletiva consiste no fato de que ela não respeita os limites traçados no artigo 472 do CPC, tanto entre os legitimados para demandar a tutela dos interesses transindividuais como em face das pessoas individualmente lesadas. Assim, a ação civil pública gera a coisa julgada no caso de a decisão ser favorável ao demandante, tratando-se de coisa julgada *secundum*

<sup>168</sup> CAPPELLETTI. op. cit. p. 15.

<sup>169</sup> Idem.

<sup>170</sup> MARTINS FILHO, op.cit.

<sup>171</sup> SANTOS, Ronaldo Lima. **Amplitude da coisa julgada nas ações coletivas** in Ação Coletiva na Visão de Juízes de Procuradores do Trabalho. São Paulo: Editora LTr, 2006, p. 296.

*eventum litis et in utilibus*. Há possibilidade de eficácia *erga omnes*, conforme redação dos artigos 103 e 104 da lei nº 8.078/90. Tal eficácia decorre do fato de que os interesses estão dispersos coletivamente, de forma que a coisa julgada que se forma atinge a todos no caso de procedência do pedido. No caso de improcedência do pedido por outro motivo que não a insuficiência de provas, quando gera a possibilidade de propositura de nova demanda com o mesmo objeto e causa de pedir, baseado em novas provas, haverá a formação de coisa julgada material que obsta a propositura de uma nova ação coletiva com o mesmo objeto e causa de pedir por qualquer legitimado. A ação civil pública no âmbito trabalhista, como em outras searas, apresenta a conveniência de concentrar demandas num único processo, o que inibe a pulverização de ações com o mesmo conteúdo, bem como propicia a solução uniforme para todos os interessados, e solução administrativa para muitas demandas. Ives Gandra pondera que o problema que se apresenta na ação civil pública no âmbito trabalhista, são os macroefeitos que gera, positivos ou negativos, conforme o bom ou mau uso que dela se faz. Enquanto as condenações em ações individuais provocam impactos limitados na saúde econômico-financeira de uma empresa, uma ação civil pública que congrega todos os lesados por um determinado procedimento atentatório aos direitos sociais dos trabalhadores pode comprometer inteiramente a capacidade produtiva da empresa.<sup>172</sup>

Quanto à legitimidade ativa para as ações coletivas, ordinária ou extraordinária, de forma concorrente ou disjuntiva:<sup>173</sup> a lei elenca que o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, as autarquias, empresas públicas, fundações e sociedades de economia mista, as associações civis constituídas a pelo menos um ano, com finalidades institucionais compatíveis com a defesa do interesse questionado e a Defensoria Pública estão legitimados a propor a ação.

#### 2.4.2.1 – A legitimidade do Ministério Público

---

<sup>172</sup> Op. cit. p. 297.

<sup>173</sup>SAKO, Emilia Simeão Albino. **Ações coletivas no Processo do Trabalho: instrumentos de realização dos ideais de acesso às tutelas jurídicas e jurisdicionais**, Revista LTr nº 69. São Paulo: Editora LTr, 2005, p. 101/184.

Examinando-se a legitimidade do Ministério Público, nota-se pelo texto constitucional de 1988, a importância dada ao papel desempenhado pelo Ministério Público, com seu fortalecimento, sendo nele depositadas as esperanças de implementação das diretrizes do Estado Democrático de Direito<sup>174</sup>. Para tanto, são funções institucionais do Ministério Público previstas na Constituição Federal, artigo 129, inciso III, a promoção do 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 legitimação do Ministério Público para a ação civil pública encontra-se prevista nas leis 7347/85, que regula a ação civil pública, 7853/89, que disciplina o apoio a pessoas portadoras de deficiência, lei 7913/89, que trata da responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários, lei 8078/90, que dispõe sobre a defesa do consumidor e 8429/92, que trata das sanções aplicáveis aos agentes públicos em caso de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta e fundacional. Existem posicionamentos divergentes acerca da natureza jurídica da legitimidade do Ministério Público para a ação civil pública. Há os que advogam a tese da legitimação ordinária quando ajuíza a ação para a defesa de direitos difusos ou coletivos, como Nelson Nery e Rosa Maria Andrade<sup>175</sup>, e como substituto processual ao tutelar interesses individuais homogêneos. Zavascki<sup>176</sup> sustenta a posição de que a legitimação do *Parquet* se dá como substituto processual e os que sustentam que a legitimação seria extraordinária, o que recebe crítica de Velasque<sup>177</sup>, eis que não existe a legitimação ordinária face à falta de previsão de legitimação do cidadão. O autor advoga a tese de que não se trata de legitimidade nem extraordinária nem ordinária, pois que esta dicotomia – ordinária ou extraordinária – “parte da premissa da titularidade afirmada da *res in iudicium deducta* como situação legitimante”<sup>178</sup> e assim conclui:

Insere-se no próprio plexo de atribuições funcionais da instituição o ajuizamento de ação civil pública. Assim não há falar em legitimidade ordinária ou extraordinária, eis que a noção de titularidade da relação jurídica

<sup>174</sup> O artigo 127 da Constituição Federal prevê que o Ministério Público é legitimado para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

<sup>175</sup> Comentários ao Código de processo civil e legislação extravagante.

<sup>176</sup> ZAVASCKI, op. cit. p. 135.

<sup>177</sup> ROCHA, Luciano Velasque. **Ações Coletivas – O problema da Legitimidade para agir**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 149.

<sup>178</sup> Idem, p. 150.

material vem a reboque. Antes, parece-nos especialmente profícua a utilização da teoria das partes em razão do cargo (*Parteien Kraft Amtes*) para um adequado enquadramento dogmático da legitimidade para agir do Ministério público no âmbito de direitos metaindividuais.

A legitimação do Ministério Público, para a defesa de direitos difusos e coletivos, deve ser entendida do modo abrangente<sup>179</sup> no sentido de buscar a tutela jurisdicional, por meio da tutela de conhecimento, seja o provimento preventivo, reparatório, declaratório, constitutivo ou condenatório. No que pertine aos direitos individuais homogêneos a defesa ficaria restrita às hipóteses previstas em lei.<sup>180</sup> Este argumento, entretanto, suscita debates na doutrina. Indica Carlos Henrique Bezerra Leite<sup>181</sup> que os obstáculos existem porque tais direitos não estão expressamente indicados no artigo 129, inciso II da Constituição Federal e nem no artigo 83, inciso III da LOMPU<sup>182</sup>, surgindo então três teorias que “procuram, ora com base na ideologia, ora nos métodos da ciência do direito, responder à questão”.

De acordo com a teoria restritiva a legitimação do Ministério Público estaria afeta apenas aos direitos difusos e coletivos e, para alguns, direitos coletivos *stricto sensu*, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente protegidos. Argumenta, em sentido contrário, Bezerra Leite:

Ora, a interpretação sistemática dos arts. 129, III e 127 da CF, segundo nos parece, permite que a legitimação do Ministério Público na ação civil pública seja estendida à defesa não apenas dos interesses sociais, mas, igualmente, dos interesses individuais indisponíveis que tenham características metaindividuais ou “acidentalmente coletivos”, como é o caso dos interesses ou direitos individuais homogêneos indisponíveis.<sup>183</sup>

A posição do autor é a que parece mais consentânea com os ditames constitucionais no que pertine não só a função institucional do Ministério Público, bem como à proteção dos direitos individuais homogêneos<sup>184</sup>. Lenza<sup>185</sup> recorda que

<sup>179</sup> ZAVASCKI, op. cit. p. 135.

<sup>180</sup> Idem.

<sup>181</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **A Ação civil pública e a tutela dos interesses individuais homogêneos dos trabalhadores em condições de escravidão**. In *Processo Civil Coletivo*. MAZZEI, Rodrigo e NOLASCO, Rita Dias, (coordenadores). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 538.

<sup>182</sup> Lei Orgânica do Ministério Público da União.

<sup>183</sup> Idem, p. 540.

<sup>184</sup> O Tribunal Superior do Trabalho adotava a posição mais restritiva quanto à defesa dos interesses individuais homogêneos conforme se depreende do seguinte julgado: “Ação Civil Pública. Interesses individuais homogêneos. Ministério Público do Trabalho. Ilegitimidade. Conquanto irrefutável o cabimento de ação civil

a posição do STJ tem sido no sentido de reconhecer a legitimidade do Ministério público para a defesa de direitos individuais indisponíveis, como a vida e a saúde. De acordo com a teoria eclética o Ministério Público pode promover a ação civil pública quando se tratar de direitos individuais homogêneos indisponíveis e, se forem disponíveis, somente quando a demanda tiver numero elevado de titulares, provando-se a repercussão social. Admite, assim, a legitimação do *parquet* de forma condicional, ou seja, deve ser demonstrada a relevância social. Para Ives Gandra<sup>186</sup> a Constituição Federal permite que o Ministério Público defenda os interesses individuais homogêneos, quando, no art. 129, IX, prevê que o *parquet* exerça outras funções que a lei lhe conferir. Dentre elas estaria a defesa desses interesses, através do meio específico que a lei criou que é a ação civil coletiva.

A teoria ampliativa confere legitimidade, como o nome está a indicar, ampla legitimidade ao Ministério Público para a propositura da ação civil pública em defesa dos direitos individuais homogêneos, utilizando os seguintes argumentos: a) o inciso IX do artigo 129 da CF estende a legitimação desde que inserido na função institucional do Ministério Público; b) os interesses individuais homogêneos só tiveram previsão a partir do Código de Defesa do Consumidor, editado em 1990, sendo que estas normas são de ordem pública e interesse social, estando aqui incluídos os interesses individuais homogêneos. Em defesa desta teoria Bezerra Leite argumenta em prol dos direitos do trabalhador, mas que ampara a argumentação acerca da importância da ação civil pública e a atuação do Ministério Público:

É nesse contexto que se situa a ação civil pública, que também passa a ser, a partir da Carta democrática de 1988, uma garantia constitucional dos direitos humanos do cidadão-trabalhador e um dos principais instrumentos de atuação do Ministério Público do Trabalho para tornar realidade objetiva fundamentais da República, entre eles o de “reduzir as desigualdades sociais e regionais” e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça,

---

pública na Justiça do trabalho, trata-se de instituto concebido eminentemente para a tutela de interesses coletivos e difusos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos. Ao órgão do Ministério Público do Trabalho não é dado manejá-la em defesa de interesses individuais homogêneos, cuja metaindividualidade exsurge apenas na forma empregada para a defesa em juízo. Embora de origem comum, traça-se de direitos materialmente divisíveis, razão pela qual a reparaçã decorrente da lesão sofrida pelo titular do direito subjetivo é sempre apurável individualmente. Exegese que se extrai da análise conjunta dos artigos 29, inciso III, da Constituição da República de 1988 c/c 83 da lei complementar n. 75/1993. Embargos de que não se conhece” (E-RR n. 596135/99.0, rel. Juiz Convocado Georgenor de Sousa Franco Filho, julgado em 30.9.2002). In MARTINS FILHO, Ives Gandra. **Processo Coletivo do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 54.

<sup>185</sup> LENZA, op. cit. p. 205.

<sup>186</sup> Idem.



sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" (CF, art. 3º, III e IV), no campo das relações de trabalho.<sup>187</sup>

O Supremo Tribunal Federal vem admitindo a legitimação do Ministério Público para a defesa de interesses individuais homogêneos, tomando em conta a relevância social, principalmente em matérias que envolvam a saúde e a educação, afastando, porém esta legitimação em matéria tributária<sup>188</sup>.

Acerca da questão da saúde vale uma breve digressão sobre a atuação do Ministério Público, por meio da propositura de ações civis públicas na questão relativa ao fornecimento gratuito de medicamentos.

Em face da inércia do Estado, no que tange às políticas públicas relativamente ao fornecimento gratuito de medicamentos, têm sido propostas ações visando a que o Judiciário supra essa letargia estatal. A Constituição da República prevê em seu artigo 196, que a saúde é direito de todos e dever do Estado, que deve instituir acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Ao Poder Judiciário, em um Estado constitucional democrático, cabe interpretar a Constituição e as leis, protegendo direitos e assegurando o respeito ao ordenamento jurídico. Pode ocorrer que caiba aos julgadores *"o papel de construção do sentido das normas jurídicas, notadamente quando esteja em questão a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados e de princípios"*<sup>189</sup>, tais como dignidade da pessoa humana, vida e saúde. Decorre daí duas conseqüências: como cláusulas gerais que são, comportam uma multiplicidade de sentidos possíveis e podem ser realizados por meio de diferentes atos de concretização, podendo colidir entre si. De acordo com os ensinamentos de Luis Roberto Barroso<sup>190</sup>:

onde não haja lei ou ação administrativa implementando a Constituição, deve o Judiciário agir. Havendo lei e atos administrativos, e não sendo devidamente cumpridos, devem os juízes e tribunais igualmente intervir. Porém, havendo lei e atos administrativos implementando a Constituição e

---

<sup>187</sup> LEITE, op. cit. 550.

<sup>188</sup> RE 213.631-0, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU 07/04/2000.

<sup>189</sup> BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Texto extraído do Informativo Migalhas, disponível em [www.migalhas.com.br](http://www.migalhas.com.br), acesso em 14/03/2009.

<sup>190</sup> Idem.

sendo regularmente aplicados, eventual interferência judicial deve ter a marca da autocontenção.

Assim, devem os julgadores, na questão da omissão no fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado, que tem suscitado inúmeras demandas no Judiciário, decidir de forma a não afrontar a deliberação democrática, sendo invasiva. A atuação judicial nestes casos sofre inúmeras críticas, citadas pelo mencionado autor, dentre elas: a norma constitucional – art. 196 - que trata do assunto é de natureza programática, ou seja, a implementação se dá através de políticas públicas e não por decisões judiciais; a impropriedade de se conceber o problema como de mera interpretação de preceitos da Constituição; a impropriedade de se retirar dos poderes legitimados pelo voto popular a prerrogativa de decidir de que modo os recursos públicos devem ser gastos (falta de legitimidade democrática).

Apontam-se ainda, duas críticas: a financeira e a técnica. A crítica financeira, formulada sob a denominação de “*reserva do possível*”, baseia-se em que ao Estado cabe decidir como aplicar os recursos existentes e, muitas vezes, vê-se diante de decisões difíceis. A crítica técnica se apóia na idéia de que o Judiciário não domina o conhecimento específico necessário para instituir políticas de saúde. A questão pode ser resolvida, obedecendo-se a alguns parâmetros: nas ações individuais devem-se aquilatar as necessidades prioritárias, os recursos disponíveis, bem como considerar os aspectos técnicos-médicos; através das ações coletivas poderia ser feita a revisão de listas dos medicamentos fornecidos gratuitamente pelo Estado, ou, ainda por meio de controle abstrato de constitucionalidade, para discutir a distribuição dos recursos no orçamento público, sendo o efeito da sentença *erga omnes*. Por outro lado, o julgador só poderá determinar a inclusão de medicamentos de eficácia comprovada, em que haja disponibilidade da substância no país, medicamentos de menor custo, medicamentos essenciais à manutenção da vida.

A favor do suprimento judicial das omissões administrativas do poder público argumenta-se que o Judiciário está implementando uma obrigação legal do Estado, que a fruição de direitos fundamentais não pode condicionar-se ao planejamento do orçamento, obediência ao princípio da prioridade – princípio da

ponderação e busca do equilíbrio. Em sentido contrário, argumenta-se que falta legitimidade na intervenção do Judiciário e, na maior parte dos casos, há a ausência de previsão orçamentária e escassez de recursos públicos, devendo-se trabalhar com a reserva do possível.

Todavia, como assinala Eduardo Santos de Carvalho<sup>191</sup>, o Estado Contemporâneo, em que há expansão do acesso à justiça, com a disponibilização de meios para alcance da tutela de interesses coletivos, no particular os que requerem a implementação de programas sociais, o Judiciário acaba por assumir e enfrentar posições que não lhe são afetas, em princípio. Isto porque, o Judiciário termina por emitir decisões em ações movidas para suprir, corrigir as omissões administrativas. Para alguns é excessiva e abusiva tal “interferência” e para outros ela se faz necessária, e o Judiciário é a instância legítima para dar a resposta às exigências sociais de efetivação dos interesses difusos e coletivos assegurados na Constituição da República<sup>192</sup>, pois esta não reserva a implementação de políticas públicas ao arbítrio do Administrador: “impõe deveres ao ente público e sujeita eventual inobservância desses deveres à atuação do judiciário”<sup>193</sup>. Critica-se esse posicionamento sob o argumento de que a atuação mais ativa do Judiciário violaria a separação dos poderes, com maior politização do Judiciário, que agiria de forma anti-democrática, impondo uma ditadura do Judiciário.

O que ocorre, no entanto, é o restabelecimento da submissão do administrador à lei, e não o inverso, em que se restaria violada a lei, emanada do poder legitimado pela vontade popular. A doutrina aponta alguns meios de implementação de prestações estatais positivas, como *meios de coerção*: aplicação de multa, prevista nos artigos 11 e 12 § 2º Lei 7347/85, sanções criminais e prisão civil, adotando-se um conceito mais abrangente de dívida alimentar, abrangendo todo e qualquer crédito cuja função precípua seja de possibilitar a subsistência digna do credor. Sugere Eduardo Santos de Carvalho<sup>194</sup> a aplicação do artigo 634 e seguintes do CPC, com a possibilidade de execução de obrigação fungível pelo credor ou terceiro. Para assegurar o adimplemento da obrigação poder-se-ia

---

<sup>191</sup> CARVALHO, Eduardo Santos de. **Ação Civil pública: instrumento para a implementação de prestações estatais positivas**. Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro, 20, 2004, p. 70.

<sup>192</sup> Idem.

<sup>193</sup> Ibidem.

<sup>194</sup> Idem, Ibidem.

conceder prazos maiores para seu cumprimento, possibilitando a inclusão no orçamento da Administração de aporte necessário. O Ministério Público pode firmar termo de ajuste de conduta, prazos mais longos para adimplemento das obrigações, principalmente em questões ambientais, ou sugerir de projetos de lei orçamentária. Em caso de medida urgente, como desastre ambiental iminente, e no caso de omissão do administrador, poderá o Judiciário determinar que promova o remanejamento de verba orçamentária. Se o administrador se recusar a realizar o remanejamento, o Judiciário estará legitimado a suprir esse ato administrativo, determinando o valor a ser transferido e escolher um programa menos prioritário cujas verbas serão remanejadas.

Assim, pode-se concluir que em face da inércia estatal na implementação de políticas públicas, a defesa dos interesses coletivos faz-se presente na legitimidade do Ministério Público, evitando a pulverização de ações. Nota-se, por outro lado a necessidade de uma posição mais ativa do Judiciário, a fim de reduzir as omissões administrativas.

Incumbe lembrar que o Ministério Público, por força do artigo 129, III da Constituição Federal e artigo 8º da lei 7.347/85, detém um instrumento capaz de solucionar antes do ajuizamento da ação civil pública, inúmeros conflitos de massa. Trata-se do inquérito civil público, procedimento pré-processual, exclusivo do Ministério Público, por ele instaurado, onde podem ser colhidas provas e outras medidas que entender necessárias, podendo servir de preparação para ajuizamento da ação civil pública ou fixação do termo de ajuste de conduta. Não se trata de pré-requisito para a propositura da ação, mas de procedimento para que o Ministério Público possa realizar prévia investigação dos fatos.

A Medida Provisória nº 2.180-35, editada em 24.08.2001, deu nova redação ao artigo 1º da lei 7.347/85, acrescentando o parágrafo único, onde ficou vedada a utilização da ação civil pública para pleitear questões relativas a tributos, contribuições previdenciárias, sobre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários possam ser individualmente determinados. Tal medida pode ser considerada inconstitucional, em razão da inexistência de urgência e relevância da matéria, além do que exclui da

apreciação, via ação civil pública, direitos sociais dos trabalhadores, como lembra Bezerra Leite<sup>195</sup>:

O FGTS constitui inegavelmente um patrimônio social dos trabalhadores brasileiros, razão pela qual não poderia o ato normativo em estudo restringir o objeto da ação civil pública, que é, como já dito, uma garantia fundamental a serviço da sociedade em geral.

#### 2.4.2.2 – A legitimidade das Entidades e Órgãos da Administração Pública Direita e Indireta

No artigo 82, incisos II e III, do Código de Defesa do Consumidor, encontra-se prevista a legitimidade ativa também para as entidades e órgãos da administração pública, direta, indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especialmente destinada à defesa de interesses e direitos assegurados no CDC.

A legitimidade da União, Estados Municípios e Distrito Federal é ampla, sendo-lhes aplicada a presunção de legitimidade pela afirmação do direito. Em princípio a ação deve ser proposta no território onde se constituem, sendo que a doutrina admite a propositura de demanda fora do território<sup>196</sup>. A representação desses órgãos será efetivada na forma do artigo 12, I e II do Código de Processo Civil, de aplicação subsidiária, em face da ausência de dispositivo que regulamente a matéria. Quanto à União aplica-se o artigo 131 da Constituição Federal, sendo a Advocacia Geral da União a instituição que a representa. Argumenta a doutrina que esses órgãos públicos não manifestam interesse na propositura de ações coletivas, embora possam ser os “maiores interessados na defesa dos interesses ou direitos metaindividuais. A democracia participativa adotada na atual Constituição parece não ter seduzido os entes políticos”<sup>197</sup>, verificando-se maior atuação do Ministério Público no ajuizamento de demandas coletivas.

Quanto aos órgãos e entidades da administração pública indireta, estando incluídas as autarquias, as empresas públicas e as sociedades de

---

<sup>195</sup> LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 5ª ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 1244.

<sup>196</sup> Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery admitem quando se tratar de questão ambiental, considerando que se trata de direito que transcende o campo de interesse individual de cada Estado. In Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante em vigor.

<sup>197</sup> ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito Processual Coletivo Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2003, p.517.

economia mista, Almeida<sup>198</sup> ressalta a necessidade de ser aferida a legitimidade ativa desses órgãos, a fim de verificar se a atuação pretendida está incluída entre os respectivos objetivos institucionais. No caso das fundações públicas e privadas a legislação não fez distinção no que pertine à legitimidade para ajuizamento da demanda coletiva, sendo necessária apenas a demonstração de que nos seus fins institucionais se encontra a tutela coletiva pretendida. O mesmo se diga dos órgãos públicos sem personalidade jurídica, que são legitimados por força do artigo 82, III do Código de Defesa do Consumidor, e artigo 21 da lei 7.347/85, Lei da Ação Civil pública.

#### 2.4.2.3 – A legitimidade das Associações e Sindicatos

As associações<sup>199</sup>, de acordo com o artigo 5º, inciso XXI, do texto constitucional e artigo 82, inciso IV e § 1º do CDC<sup>200</sup> e no artigo 5º, I e II e § 4º da lei 7347/85, possuem legitimidade para a propositura de ação civil pública, desde que estejam constituídas há pelo menos um ano e que se encontre dentro de suas finalidades a defesa do bem jurídico coletivo que pretendam defender judicialmente. É uma legitimidade advinda da lei, o que difere da legitimidade conferida na *class action* norte-americana, onde é o juiz que avalia, caso a caso, se a associação possui a representação adequada dos respectivos membros e da classe que representa. O requisito de pré-constituição da associação evita, ao menos teoricamente, a utilização o uso político da ação.

Na legislação brasileira, o requisito da pré-constituição há pelo menos um ano pode ser dispensado pelo juiz, quando concluir pelo manifesto interesse social do dano ou relevância do bem jurídico a ser tutelado, conforme redação do artigo 5º da lei 7347/85 e artigo 82, § 1º do Código de Defesa do Consumidor. O que pretendeu o legislador ao conferir legitimidade às associações foi atender aos

---

<sup>198</sup> Idem.

<sup>199</sup> Comenta Luciano Velasque Rocha que as associações são “um corpo intermediário por excelência – a meio do caminho do interesse público e do interesse privado – e, portanto, naturalmente vocacionado para tutela de interesses que não se inserem comodamente nem na categoria *público* e nem tampouco na categoria *privado*”. **Ações Coletivas – O problema da Legitimidade para agir**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 151.

<sup>200</sup> Código de Defesa do Consumidor, lei 8078/90.

ditames constitucionais de participação da sociedade civil na construção de sociedade mais solidária<sup>201</sup>.

Os sindicatos, por possuírem natureza jurídica de associação civil<sup>202</sup>, têm legitimidade para propor ações civis públicas em defesa de direitos difusos transindividuais ou coletivos da categoria. O art. 8º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, confere poder e legitimidade ativa aos sindicatos para defesa dos interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive questões judiciais e administrativas, o que também está previsto no art. 82 do CDC e art. 5º da LACP<sup>203</sup>, com a exigência de que estejam constituídos a pelo menos um ano e incluam entre suas finalidades institucionais a proteção ao direito que irão defender.

A Constituição Federal de 1988 prevê no artigo 8º III a legitimidade ativa aos sindicatos para defesa de interesses coletivos dos trabalhadores, independente de autorização, restando revogados os artigos 513, 195, § 2º e 872 § único da CLT<sup>204</sup>. O Tribunal Superior do Trabalho cancelou, em 2003, o Enunciado 310, que criava condições de procedimento e restringia a legitimidade dos sindicatos e que não estavam previstas no artigo 8º III da Constituição Federal de 1988, art. 82, IV do CDC, e art. 5º da LACP. Desta forma fica assegurado o emprego das ações coletivas. O Ministério Público do Trabalho tem legitimidade concorrente para a defesa de interesses individuais homogêneos e coletivos.

No direito processual do trabalho a questão, segundo Bezerra Leite<sup>205</sup> pode ser assim problematizada: para a defesa de qualquer interesse individual homogêneo, deve ser utilizada a ação civil pública, a ação civil coletiva ou ambas? Ives Gandra<sup>206</sup> sustenta que os interesses difusos e coletivos devem ser defendidos pela via da ação civil pública, ficando a ação civil coletiva jungida exclusivamente à proteção dos interesses individuais homogêneos.

---

<sup>201</sup> ALMEIDA, op. cit. p. 520.

<sup>202</sup> Idem.

<sup>203</sup> Lei da Ação Civil Pública, 7.347/85.

<sup>204</sup> Consolidação das Leis do Trabalho.

<sup>205</sup> Op. cit. p.550.

<sup>206</sup> MARTINS FILHO, op. cit.

Contudo, Bezerra Leite,<sup>207</sup> discorda, entendendo que se não há lei que atribua competência à Justiça do Trabalho para apreciar a Ação Civil Coletiva, então ela não é cabível no processo do trabalho, devendo os interesses individuais homogêneos ser tutelados via ação civil pública, conforme o disposto no artigo 114 da Constituição Federal. A ação civil pública, segundo o mesmo autor, é ação constitucional e a ação civil coletiva é infraconstitucional. Os principais direitos dos trabalhadores encontram-se na Constituição Federal que não excluem outros que visem à melhoria da condição social do trabalhador, parecendo adequado alargar o objeto da ação civil pública trabalhista, para nele incluir os direitos ou interesses individuais homogêneos.

Eduardo Gabriel Saad<sup>208</sup> não admite a ação civil pública para a defesa dos direitos individuais homogêneos, entendendo que estes só podem ser defendidos no âmbito da Justiça do Trabalho através da reclamação plúrima e o processo de dissídio coletivo. Luiz Carlos de Amorim Robortella<sup>209</sup> defende que na Justiça do Trabalho, a ação civil pública, só pode voltar-se à proteção de interesses difusos, supra-individuais, indivisíveis e indeterminados e quanto aos direitos coletivos, autoriza seu atendimento apenas quando supra-individuais e indivisíveis, sequer mencionando os direitos individuais homogêneos. Em sentido oposto aos argumentos antes destacados, outros estudiosos aceitam uma maior amplitude da ação civil pública. O Ministro Ronaldo Lopes Leal sustenta que nos textos modernos onde se estabelece a defesa contra as lesões difusas e coletivas, "as normas jurídicas não se detêm na tutela de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*, incluindo os interesses ou direitos individuais homogêneos". Mancuso segue essa linha, pois estariam superadas as posições jurídicas não subjetivadas ficarem à margem da tutela judicial: Como exemplo:

No direito do trabalho, se o dano causado pelo empregador é genérico e afeta grande número de empregados, emergem interesses individuais homogêneos que, pelo princípio ordinário, avocam agrupamento e importância social bastante para separá-los dos interesses caracteristicamente individuais,

---

<sup>207</sup> BEZERRA LEITE, op. cit. p. 551.

<sup>208</sup> SAAD, Eduardo Gabriel. **A ação civil pública na justiça do trabalho. Processo do Trabalho.** Estudos em homenagem ao Professor José Augusto Rodrigues Pinto. Coord. Rodolfo Pamplona Filho. São Paulo: LTr, 1997. p. 407.

<sup>209</sup> ROBORTELLA, Luiz Carlos de Amorim. **Ação Civil Pública.** II Ciclo de Estudos de Direito do Trabalho. Foz do Iguaçu. Escola Nacional de Magistratura e Instituto dos Advogados de São Paulo. Dez/95.



favorecendo, assim, uma tutela genuinamente coletiva, através de ação civil pública.<sup>210</sup>

Entretanto, Bezerra Leite, apresenta críticas à resistência dos que não admitem as ações coletivas em seara laboral, insistindo que em matéria de interesses ou direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneas, dada a inexistência de legislação trabalhista especial, aplica-se a legislação específica, pois que o único dispositivo legal a tratar dos interesses metaindividuais trabalhistas é o art. 83, III, da LOMPU<sup>211</sup> e, ainda assim, ele só cuida da competência e da legitimação do Ministério Público do Trabalho para promover a ação civil pública no âmbito da justiça laboral.

#### 2.4.2.4 – A legitimidade da Defensoria Pública

A legitimidade da Defensoria Pública veio com a lei 11418/2007, que deu nova redação ao artigo 5º da lei de ação civil pública, 7347/85, reparando “injusta discriminação com uma das mais importantes e respeitadas instituições brasileiras”, conforme salienta Humberto Dalla<sup>212</sup>. E não poderia ser de outro modo já que a Defensoria Pública tem previsão no artigo 134 da Constituição Federal de 1988, como órgão estatal incumbido de prestar assistência jurídica integral e gratuita a todos os que, de forma individual ou coletiva, não disponham de recursos para a defesa de interesses metaindividuais. O artigo 5º da lei 7.347/85, ao conferir legitimidade à Defensoria Pública para a defesa desses interesses não faz qualquer ressalva, como observa Ferraresi<sup>213</sup>. Assim, entende este autor, que a Defensoria Pública, assim como os demais legitimados, deve agir, observando, contudo a “missão que a Constituição lhe atribui”, quando se tratar de direitos coletivos e individuais homogêneos. Entretanto, se a questão for relativa a direitos difusos, em que todos são atingidos, por exemplo, em problemas ambientais, poderá a

---

<sup>210</sup> BEZERRA LEITE, op. cit.

<sup>211</sup> Lei Orgânica do Ministério Público da União.

<sup>212</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações civis públicas: primeiras impressões e questões controvertidas**. Disponível em <[http://www.humbertodalla.pro.br/.../a\\_legitimidade\\_da\\_dp\\_para\\_propor\\_acp.PDF](http://www.humbertodalla.pro.br/.../a_legitimidade_da_dp_para_propor_acp.PDF)>. Acesso em 17.08.2009.

<sup>213</sup> FERRARESI, op. cit. p. 207.

Defensoria ajuizar a demanda? A resposta é afirmativa, considerando que a legitimidade conferida à Defensoria não contém qualquer restrição, devendo ser interpretada como a mais ampla, sopesando os princípios que regem o processo coletivo, dentre eles o acesso à justiça e a economia processual, este no sentido de evitar que decisões conflitantes venham a ser proferidas.<sup>214</sup> A Defensoria estaria legitimada para tutela dos direitos coletivos *lato sensu*. Nas palavras de Humberto Dalla<sup>215</sup>:

Estamos em que, diante da previsão genérica no artigo inciso II do artigo 5º da lei nº 7347/85, a Defensoria Pública estará legitimada para todas as matérias contempladas nas leis referidas<sup>216</sup>. A única exceção que poderá ser oposta diz respeito à matéria de improbidade administrativa, uma vez que a Lei nº 8.429/92 traz regra específica e restritiva a respeito do tema no artigo 16, que dispõe serem legitimados apenas o Ministério Público e a pessoa jurídica de direito público interno lesada.

Esclarece o autor que neste último caso, por se tratar de moralidade administrativa, em que pode haver desdobramentos nas áreas penal e eleitoral, a legitimidade deve ser mais restrita. A Defensoria Pública não pode instaurar inquérito civil, medida privativa do Ministério Público, que tem nesse instrumento a possibilidade de requisição de documentos, produção ampla de provas, como oitiva de testemunhas e realização de perícias.

Como os demais legitimados a Defensoria Pública pode firmar termos de ajuste de conduta, a teor do artigo 5º, § 6º da lei da ação civil pública, 7.347/85.

No artigo 20, inciso IV, do projeto de Código Brasileiro de Direitos Coletivos verifica-se a preocupação em assegurar à Defensoria Pública a tutela dos direitos transindividuais. No caso de tratar-se de direito difuso ou coletivo a legitimação da Defensoria Pública depende de avaliação no caso concreto da

<sup>214</sup> Neste sentido o artigo 5º, VI *d e e* da Lei Complementar Estadual – São Paulo, nº 988/2006.

<sup>215</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações civis públicas: primeiras impressões e questões controvertidas**. Disponível em <[http://www.humbertodalla.pro.br/.../a\\_legitimidade\\_da\\_dp\\_para\\_propor\\_acp.PDF](http://www.humbertodalla.pro.br/.../a_legitimidade_da_dp_para_propor_acp.PDF)> Acesso em 17.08.2009.

<sup>216</sup> O autor menciona as leis 7.913/89, que prevê a ação civil pública de responsabilidade por danos a investidores do mercado de valores mobiliários, lei 8.069/90, quanto a ofensa a direitos da criança e adolescente, lei 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor, lei 8.429/92, lei de improbidade administrativa, lei 8.884/94, que regula a prevenção e repressão de infrações econômicas, lei 8.974/95, normas relativas à proteção da vida e a saúde do homem, dos animais, das plantas e meio ambiente, lei 10.257/01, quanto à defesa da ordem urbana, lei 10.741/2003, que contempla a proteção aos maiores de sessenta anos e a lei 10.340/06, que visa coibir a violência doméstica.

existência de necessidade organizacional da coletividade ou dos membros do grupo categoria ou classe. Tratando-se de direito individual homogêneo a legitimidade fica condicionada à avaliação de hipossuficiência de pelo menos uma parcela do grupo. Humberto Dalla<sup>217</sup> adverte, entretanto, que se corre o risco de, sendo estes conceitos abertos, sucederem intermináveis discussões judiciais, o que compromete a almejada efetividade da tutela desses direitos. De fato, se a lei não define claramente os conceitos, as demandas podem sequer ser apreciadas, levando-se em conta de que, como se trata de condição da ação – a legitimidade – para aferir a sua existência, e estando aberta a interpretações diversas, o mérito só será julgado depois de ultrapassada a questão. O melhor exemplo é a discussão acerca da extensão dos direitos individuais homogêneos e a legitimidade do Ministério Público para pleitear a tutela de tais interesses.

Nessa mesma linha de raciocínio, caso o Defensor Público não entenda presente a “necessidade organizacional”, deixando de propor a ação, como se pode solucionar a questão? Cabe alguma medida judicial por parte dos interessados? O Defensor Público estaria obrigado a encaminhar os autos à sua Chefia para exame da conveniência e oportunidade? Ou deveria remeter a questão à avaliação de outro legitimado? São questões postas por Humberto Dalla<sup>218</sup>, e que podem ocasionar, como anteriormente já exposto, discussões que afetem a prestação jurisdicional efetiva. O mesmo se diga da hipossuficiência. Sugere o autor que, considerando que a Defensoria Pública, por força de lei, tem atualmente legitimidade para a tutela quer de direitos difusos e coletivos, quer de direitos individuais homogêneos, cabe ao Defensor aquilatar no caso concreto se a questão pode ser tutelada pela defensoria, avaliando todos os aspectos sejam eles econômicos, sociais, culturais e jurídicos. E assim fará fundamentando a decisão de propor ou não a ação e, neste caso, deverá noticiar à sua Chefia, bem como enviar os autos ao Ministério Público que é o legitimado prioritário da ação civil pública.

---

<sup>217</sup> “Afinal de contas, o que é necessidade organizacional? Como pode ser aferida? Quais são os parâmetros objetivos para tanto? E se houver discordância entre o Juiz e o Defensor Público acerca da presença desse requisito?” PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **A legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações civis públicas: primeiras impressões e questões controvertidas**. Disponível em <[http://www.humbertodalla.pro.br/.../a\\_legitimidade\\_da\\_dp\\_para\\_propor\\_acp.PDF](http://www.humbertodalla.pro.br/.../a_legitimidade_da_dp_para_propor_acp.PDF)> Acesso em 17.08.2009.

<sup>218</sup> Idem.

A Constituição Federal ao prever a Defensoria Pública, já indica que seu mister será a defesa dos necessitados, como forma de garantir a estes o acesso à justiça, previsto no artigo no artigo 5º, inciso LXXIV. Assinala Humberto Dalla:

A questão é ainda mais tormentosa porque sempre pairou a noção de que o Ministério Público deveria tratar de questões coletivas, ao passo que a Defensoria se encarregaria de problemas individuais, os quais, por sua vez, não poderiam ser tutelados pelo M.P., sob pena de se violar o artigo 129, inciso IX da Carta, que veda ao M.P. o exercício de funções atípicas.

Cabe lembrar que a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP ingressou com uma Ação Direita de Inconstitucionalidade, nº 3.943 com vistas à legitimidade extraordinária da Defensoria Pública, com acréscimo feito no artigo 5º da lei 7.347/85, inciso II, acrescido pela lei 11.448/2007, entendendo haver total afronta aos artigos 5º, inciso LXXIV e 134, não havendo possibilidade de a Defensoria pleitear direitos difusos e individuais homogêneos. A doutrina<sup>219</sup> aponta no sentido de ser incoerente tal questionamento, eis que a legitimação da Defensoria Pública em nada afeta as atribuições do Ministério Público e nem de qualquer outro legitimado, inclusive quanto às atribuições do Ministério Público, a quem é conferida a exclusividade de instauração do inquérito civil público, como procedimento investigatório que é. A referida ADIn nº 3. 943, cuja relatora é a Ministra do Supremo Tribunal Federal, Carmem Lúcia, não teve julgamento. A lei Complementar nº 132/2009 reafirmou a função da Defensoria Pública para tutelar direitos que não os dos hipossuficientes. De outro lado o próprio artigo 129, parágrafo 1º ao indicar a legitimidade do Ministério Público para ajuizar a ação civil pública, deixa claro que tal atribuição não é privativa, não sendo excluídos outros legitimados legais.

## 2.5 – A LEGITIMIDADE NO CÓDIGO IBERO AMERICANO DE DIREITOS COLETIVOS

---

<sup>219</sup> LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. São Paulo: revista dos tribunais, 2008, p. 208.

A proposta do Código é de ampliação do rol de legitimados como forma de “democratizar o acesso à justiça fortalecendo as ações coletivas”<sup>220</sup>. Deste modo ampliou-se o rol de legitimados, quebrando a tradicional indicação de órgãos públicos, associações e organizações não governamentais, como na Alemanha ou para indivíduos, como nas *class actions* americanas

Encontra-se no artigo 3º do Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero America a previsão dos legitimados a propor a ação coletiva, de forma concorrente, autônoma, admitindo-se o litisconsórcio dos co-legitimados.

São legitimados, de acordo com a redação do artigo 3º a pessoa física, para defesa dos interesses ou direitos difusos de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas por circunstâncias de fato; o membro do grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base e para a defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos; o Ministério Público, o Defensor do povo e a Defensoria Pública; as pessoas jurídicas de direito público interno; as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos da categoria; as entidades sindicais para a defesa dos interesses e direitos da categoria; as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos no código, dispensada a autorização assemblear; partidos políticos, para a defesa de direitos e interesses ligados a seus fins institucionais.

O projeto prevê em relação à legitimidade das associações o requisito da constituição há pelo menos um ano, contudo tal requisito poderá ser dispensado pelo juiz, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão característica do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido. O controle exercido pelo juiz neste ponto assemelha-se ao sistema brasileiro, mas o Código prevê que o magistrado deva examinar a adequação da representação do legitimado e a relevância social da demanda coletiva e, em relação aos direitos individuais

---

<sup>220</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **A estrutura do Código modelo de Processos Coletivos para os países Ibero-Americanos e o objeto da Ação Coletiva**. Processo Civil Coletivo. MAZZEI, Rodrigo. NOLASCO, Rita Dias. (Coordenadores). São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 735.

homogêneos “a predominância de questões comuns sobre as individuais e a superioridade da tutela coletiva no caso concreto”<sup>221</sup>.

Quanto ao Ministério Público há expressa previsão, artigo 3º, parágrafo 3º, de sua intervenção na demanda em caso de relevância do interesse social, bem assim a possibilidade de firmar termo de ajuste de conduta, podendo conter cominação legal e servir de título executivo extrajudicial. Os demais legitimados podem firmar, como na legislação brasileira, termo de ajustamento de conduta.

O Código prevê a legitimação da pessoa física. A proposta do Código é que a representatividade adequada dos legitimados, artigo 2º, I, seja analisada pelo juiz, considerando, como estabelecido no parágrafo 2º deste mesmo artigo: a) a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado; b) seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; c) sua conduta em outros processos coletivos; d) a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e e) o objeto da demanda e o tempo de instituição ou associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe. Os parâmetros são exemplificativos, como assinala Mendes<sup>222</sup>, advertindo que a relevância social da tutela coletiva deve ser caracterizada tendo em vista a natureza do bem jurídico, as características da lesão ou o elevado número de pessoas atingidas. A ausência de representação adequada leva o feito à extinção, em face da exigência de intimação do Ministério Público e outros legitimados para a causa, para que a assumam, conforme redação do artigo 3º, parágrafo 4º. O código mantém a intervenção obrigatória do Ministério Público, sendo este o legitimado também, como se prevê no ordenamento jurídico pátrio, artigo 27 da Constituição Federal, para a defesa de interesses difusos e coletivos, bem como individuais homogêneos disponíveis, desde que presente a relevância social, que é um requisito de admissibilidade presente na demanda coletiva, o que afasta, segundo entendimento de Aluisio Mendes<sup>223</sup>, qualquer alegação de ilegitimidade ministerial.

---

<sup>221</sup> MENDES, op. cit.

<sup>222</sup> Idem.

<sup>223</sup> MENDES, op. cit.

## 2.6 – A LEGITIMIDADE NO ANTEPROJETO DE CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS

O sistema processual brasileiro prevê três instrumentos processuais que visam à defesa de direitos supra-individuais, quais sejam a ação popular, a ação civil pública e o mandado de segurança coletivo. Carece, entretanto, de uma sistematização do processo coletivo. A elaboração de um Código foi debatida na Universidade de São Paulo, especificamente na disciplina Processos Coletivos, sob coordenação de Grinover e Watanabe. Tais estudos tiveram seu ápice na elaboração de um Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. Surgiram sugestões dos Ministérios Públicos de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul e em nível acadêmico também fizeram propostas as Universidades do Estado do Rio de Janeiro e Estácio de Sá, com um Anteprojeto próprio e a Universidade Católica de Santos que organizou estudos para análise do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, como noticia Ferraresi.<sup>224</sup>

No anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos elaborado por Ada Pellegrini Grinover/USP, está previsto no artigo 20, incisos I e II, a legitimação ativa da pessoa física, por meio da adequada representatividade, devendo ser observados os seguintes requisitos: a) credibilidade, capacidade e experiência do legitimado; b) seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos difusos e coletivos e c) sua conduta em eventuais processos coletivos em que tenha atuado e que será objeto de comentários adiante.

## 2.7 - A LEGITIMIDADE NO PROJETO DA NOVA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

No Projeto de Lei nº 5.139/09, o artigo 6º que trata da legitimação ativa não há previsão para a pessoa física atuar no pólo ativo da demanda, sendo legitimados apenas: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedades de economia mista, bem como seus órgãos despersonalizados que tenham como finalidades institucionais a defesa dos

---

<sup>224</sup> FERRARESI, op. cit. p. 317.

interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos; IV - a Ordem dos Advogados do Brasil, inclusive as suas seções e subseções; V - as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, restritas à defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos ligados à categoria; VI - os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembléias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, a ser verificado quando do ajuizamento da ação; e VII - as associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, para a defesa de interesses ou direitos relacionados com seus fins institucionais, dispensadas a autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros.

O Projeto foi rejeitado e arquivado pela Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, sendo tal decisão objeto de recurso da Secretaria da Reforma do Judiciário que deseja o Plenário da Casa analise a proposta. Igualmente, quinze membros da comissão de juristas responsável pela elaboração do Projeto de Lei 5.139/2009 resolveram entrar com um recurso contra a rejeição. A Secretaria de Reforma do Judiciário pleiteou que o Plenário da Câmara analise a proposta. A comissão de juristas, que elaborou o projeto rejeitado e formada por professores e representantes da magistratura, do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Ordem dos Advogados do Brasil, pediu o apoio do governo federal a fim de elaborar o recurso a ser entregue aos parlamentares, em face da existência de equívoco da Câmara na decisão de arquivamento do projeto. De acordo com Rogério Favreto, Secretário da Reforma do Judiciário houve erro de interpretação por parte do Deputado José Carlos Aleluia, relator do projeto e que foi seguido pela maioria dos deputados da Comissão: “Esse projeto foi elaborado apenas por juízes, promotores e professores. Ele feria a vontade popular e submetia a vida da nação a passar necessariamente por dentro dos tribunais”, disse o parlamentar ao rejeitar tanto a versão original do PL 5.139 quanto o substitutivo feito pelo Poder Executivo. A votação terminou em 17 a 14. Entretanto, o relator do projeto, Deputado Antonio Carlos Biscaia, afirmou que o projeto havia sido amplamente discutido pela sociedade, sendo acolhidas diversas propostas de emenda. Além disso, foi realizada audiência pública na Comissão de Constituição,



Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados da Câmara, quando várias questões importantes foram discutidas e elucidadas, inclusive com a participação de entidades representativas da sociedade.

A nota enviada aos parlamentares afirma que:

O texto foi inserido no II Pacto Republicano de Estado, sendo resultado de um trabalho coletivo, cuja discussão pública tem mais de seis a com publicação de livros, anteprojetos de códigos de processos coletivos, código-modelo de processo coletivo para Ibero-América, congressos, artigos, audiências públicas realizadas no País, além de inúmeras reuniões em todo o Brasil. "A falta dessa legislação, resultado de um amplo consenso nacional, permitirá que as polêmicas e lacunas existentes, que são inúmeras, sejam preenchidas pela jurisprudência, quando o mais adequado é a aprovação de legislação pela via legítima do Congresso Nacional.

A aprovação do projeto poderia diminuir o número de ações no judiciário, como afirmou o Secretário:

O projeto institui um sistema único coletivo que prioriza e disciplina as ações coletivas para tutela de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, objetivando a racionalização do processo e julgamento dos conflitos de massa.

O que se visava com a nova lei de ação civil pública, com efeito, é a efetividade na prestação jurisdicional, hoje comprometida face ao excessivo número de demandas, entre outras dificuldades, quer materiais, quer humanas, que possa de fato entregar a tutela judicial e servir como meio de pacificação social. O projeto ampliava as possibilidades de propositura da ação não contempladas na legislação já existente, a lei 7.347/85 e a lei 8.078/90, como saúde, meio ambiente, educação, trabalho, desporto, segurança pública, transportes coletivos e prestação de serviços públicos são exemplos. Estava prevista também a formação de cadastros nacionais de inquérito civis públicos e compromissos de ajustamento de conduta do Ministério Público e de ações civis públicas ajuizadas, o que poderia, em tese, evitar a propositura de demandas idênticas e decisões conflitantes com ações individuais e coletivas.<sup>225</sup>

---

<sup>225</sup> Fonte: CONJUR, 23 de março de 2010. Postado por Humberto Dalla Bernardina de Pinho.

### Ressalta a nota técnica enviada:

Trata-se, na verdade, de um Projeto de Lei generoso com a sociedade brasileira, com avanços significativos no Sistema Único Coletivo, preparando o Brasil para um direito processual adequado para o Século XXI. Prioriza e disciplina a ação coletiva para tutela de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, objetivando a racionalização do processo e julgamento dos conflitos de massa. Desta forma, combate a morosidade, privilegia a igualdade jurídica, conferindo maior agilidade e celeridade na prestação da tutela jurisdicional.

O projeto deveria ser reapreciado em face dos avanços que apresenta em relação à legislação em vigor, notadamente na questão dos legitimados ativos, inclusive para se por em discussão, a possibilidade de inclusão no rol, do cidadão, na concepção ampla do termo, aproveitando-se a idéia já incluída no Código Ibero Americano de Direitos Coletivos e no anteprojeto de Código Brasileiro de Processos coletivos em que há expressa previsão mediante a adoção de parâmetros a serem avaliados pelo juiz, tais como a) a credibilidade, capacidade, prestígio e experiência do legitimado; b) seu histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe; c) sua conduta em outros processos coletivos; d) a coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e e) o objeto da demanda e o tempo de instituição ou associação e a representatividade desta ou da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe. A ausência de representação adequada ao leva o feito à extinção, em face da exigência de intimação do Ministério Público e outros legitimados para o causa, para que a assumam, como anteriormente assinalado.

## CAPÍTULO III

### NOVA VISÃO DA LEGITIMIDADE

#### 3- A LEGITIMIDADE DO CIDADÃO PARA A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Antes de adentrar na questão da legitimidade do cidadão para a propositura da ação civil pública, faz-se necessária a exposição breve de dados históricos acerca da formação da cidadania no Brasil.

A cidadania está presente em todos os discursos, mas o que é ser cidadão? Nas palavras de Jaime Pinsky ser cidadão é:

ter direito à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei: é, em resumo, ter direitos civis. É também participar no destino da sociedade, votar, ser votado, ter direitos políticos. Os direitos civis e políticos não asseguram a democracia sem os direitos sociais, aqueles que garantem a participação do indivíduo na riqueza coletiva: o direito à educação, ao trabalho, ao salário justo, à saúde, a uma velhice tranqüila. Exercer a cidadania plena é ter direitos civis, políticos e sociais, fruto de um longo processo histórico que levou a sociedade ocidental a conquistar parte desses direitos.<sup>226</sup>

A palavra cidadania, como se encontra no léxico tem origem no latim, *civitas*. Alguns historiadores<sup>227</sup> afirmam que tem origem na Antiguidade e civilizações greco-romanas, de onde vêm os significados de liberdade e igualdade, que ganham maior sentido na polis grega<sup>228</sup>. Contudo, nem todos participavam dos direitos políticos, já que só os nascidos na cidade, eram livres e iguais e usufruíam de vantagens. É no século V. a.C. que Atenas desenvolve os conceitos de cidadania e democracia, quando o cidadão passa a atuar na vida pública, embora muito poucos

<sup>226</sup> PINSKY, Jaime. PINSKY, Carla Bassanezi. (Orgs.). **História da Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2008, p. 9.

<sup>227</sup> Pinsky menciona a pré-história da cidadania entre 783 a 740 a.C.. Conforme Pinsky o profeta Amós demonstrou seu caráter revolucionário ao dizer quais caminhos a sociedade deveria tomar para superar a injustiça e criar “uma sociedade de pessoas com direitos individuais e sociais”. Junto de Isaias, Amós rompeu com o deus nacional, de templos e sacerdotes e criou o deus da cidadania. Idem, p. 27.

<sup>228</sup> De acordo com Guarinello “o mundo greco-romano não se estruturava como os estados-nacionais contemporâneos, mas de modo bem distinto, como cidades-estados” e sob este termo incluem-se povos distintos, culturas diferentes, com costumes próprios, hábitos cotidianos, leis, instituições, ritmos históricos e estruturas sociais. GUARINELLO, Norberto Luiz. **Grécia**. In **História da Cidadania**. PINSKY, Jaime. PINSKY, Carla Bassanezi. (Orgs.). **História da Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2008, p. 30.

estivessem nesta situação, “somente os filhos de pai e mãe atenienses seriam considerados cidadãos”, as mulheres laboravam na vida doméstica, devendo o filho ser preferencialmente homem. Para Aristóteles:

Cidadão é, em geral, o homem politicamente ativo, politicamente participe da coisa pública. Sobretudo se for membro de assembleia deliberativa ou juiz, ou seja, se, de algum modo ou em alguma medida, participar do poder público. E especialmente se o enquadramento geral da sua participação política for, precisamente, uma forma política propícia a essa participação, como a democracia<sup>229</sup>.

Em Roma a palavra cidadania foi usada para indicar a situação política de uma pessoa e os direitos que essa pessoa tinha ou podia exercer. As pessoas eram separadas por classes sociais: romanos, onde havia distinções entre eles, e estrangeiros. Havia diferenciação também em relação à liberdade, com homens livres, patrícios (membros de famílias importantes) e plebeus (pessoas comuns) e escravos. Como lembra Funari<sup>230</sup>, a história de Roma “pode ser vista em grande parte como uma luta pelos direitos sociais e pela cidadania entre aqueles que tinham direitos civis plenos e os demais grupos”. Os romanos livres eram cidadãos, havendo distinção entre cidadania ativa e cidadania.

Só os cidadãos ativos tinham o direito de participar das atividades políticas e de ocupar os mais altos postos da Administração Pública. Uma particularidade que deve ser ressaltada é que as mulheres não tinham a cidadania ativa e por esse motivo nunca houve mulheres no Senado nem nas magistraturas romanas.<sup>231</sup>

Assinala Guarinello<sup>232</sup> que o fim da cidade-estado antiga com a sua incorporação num império monárquico de grande extensão territorial traz um novo sentido aos conflitos surgidos a partir de reivindicações acerca de direitos e obrigações dos cidadãos – participação no poder, igualdade jurídica e igualdade econômica – com a eliminação da cidadania comunitária. Nas palavras do autor:

<sup>229</sup> CUNHA, Paulo Ferreira da. **Aristóteles – filosofia do Homem – Ética e Política**. Disponível em <<http://www.hottopos.com/rih8/pfc.htm>> acesso em 15.05.2010.

<sup>230</sup> FUNARI, Pedro Paulo. **Roma**. In PINSKY, Jaime. PINSKY, Carla Bassanezi. Organizadores. **História da Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2008, p. 50.

<sup>231</sup> DALLARI, Dalmo. **Cidadania e sua história**. Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/textos/historia.htm>>. Acesso em 04.06.2010.

<sup>232</sup> GUARINELLO, op. cit. p. 45-46.

Todo cidadão é membro de uma comunidade, como quer que esta se organize, e esse pertencimento, que é fonte de obrigações, permite-lhe também reivindicar direitos, buscar alterar as relações no interior da comunidade, tentar redefinir seus princípios, sua identidade simbólica, redistribuir os bens comunitários. A essência da cidadania se pudéssemos defini-la residiria, precisamente, nesse caráter público, impessoal, nesse meio neutro no qual se confrontam, nos limites de uma comunidade, situações sociais, aspirações, desejos e interesses conflitantes. Há certamente, na história, comunidades sem cidadania, mas só há cidadania efetiva no seio de uma comunidade concreta, que pode ser definida de diferentes maneiras, mas é sempre um espaço privilegiado para a ação coletiva e para a construção de projetos para o futuro.

Presencia-se a partir dos séculos XVII e XVIII, na Europa a divisão da sociedade em classes: nobres tinham privilégios, eram proprietários de terras, não pagavam impostos e ocupavam cargos políticos; entre os *comuns* havia os ricos, os chamados burgueses e os demais, que viviam do trabalho no campo ou cidade. Vivia-se a época dos reis, do absolutismo<sup>233</sup>. Quando burgueses e trabalhadores não toleraram mais os desmandos dos reis, ocorreram as denominadas revoluções burguesas.

Na Inglaterra, a Revolução Gloriosa, no século XVIII, que instituiu o "Bill of Rights" e a monarquia parlamentar, o poder do rei foi limitado pelo parlamento, então dominado pela burguesia. Assinala Mondaini:

Em breves palavras, o processo revolucionário inglês é um modelo de transição ao capitalismo industrial, primeiramente de forma violenta, em 1640, logo depois, em 1688, de maneira conciliatória. Ao término de quase um século de lutas entre rei e Parlamento, com a solução monárquica constitucional, foi criada a condição primordial para o crescimento econômico de orientação capitalista –a estabilidade política sob a nova direção de uma classe burguesa que toma para si o poder estatal, fortalecendo-o nas suas relações internas com outras classes sociais e nas suas relações externas com outras nações.<sup>234</sup>

De acordo com Mondaini é nesta época que se ultrapassa a fronteira para a possibilidade histórica de um Estado de direito, um Estado de cidadãos,

<sup>233</sup> De acordo com Mondaini "A história do desenvolvimento dos direitos do cidadão, a evolução da cidadania na Europa centro-oriental, transcorre há pelo menos três séculos – de acirrados conflitos sociais -, relacionada à conquista de três conteúdos de direitos, diversos entre si: os direitos civis, século XVIII; os direitos políticos, no século XIX; e os direitos sociais, no século XX. MONDAINI, Marco. **Revolução Inglesa**. In **História da Cidadania**. PINSKY, Jaime. PINSKY, Carla Bassanezi. (Orgs.). **História da Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2008, p. 116.

<sup>234</sup> Idem, p. 120.

regido por uma “Carta de direitos, um *Bill of Rights*. Uma nova era descortinava-se, então, para a humanidade – uma Era dos Direitos”<sup>235</sup>.

A proclamada independência das colônias mantidas na América do Norte, em 1776, deu origem aos Estados Unidos da América e, com ela, uma nova concepção política, em que se estabeleceram novos conceitos de cidadania e liberdade. Na declaração de Independência os termos usados demonstram uma nação com ampla possibilidade democrática para a época, embora se encontrem restrições ao direito de voto das mulheres e brancos pobres<sup>236</sup>, a convivência com a escravidão, a maioria da população excluída. Karmal a respeito comenta:

Dizer quem era cidadão –ao contrário de hoje, em que supomos se tratar da maioria – era uma maneira de eliminar a possibilidade de a maioria participar e garantir os privilégios de uma minoria. Admitir o conceito de cidadania como um processo de inclusão total é uma leitura contemporânea<sup>237</sup>.

Ao que se depreende o processo de independência evidencia que houve o favorecimento do denominado grupo branco, anglo-saxão e protestante. A Constituição Americana era ampla e previa a atribuição aos legislativos estaduais a questão da votação, bem como alguns aboliram a escravidão e em outros a questão da renda como condição para votar não era considerada. Entretanto, “apesar da perseguição aos indígenas, a liberdade religiosa, a liberdade de imprensa, o sufrágio universal masculino e a educação pública seduziam o mundo”<sup>238</sup>. Alexis de Tocqueville, pensador francês, apresentava indagações a estas contradições como “tratar a liberdade individual em meio ao coletivo ou assegurar e equilibrar as limitações que a vida na sociedade de massa impõe com a existência do particular”<sup>239</sup>? Nas palavras de Karmal:

A cidadania e a liberdade nos EUA são inseparáveis e foram construídas de forma clara a partir da experiência colonial e da Guerra de Independência. O conceito limitado de 1776 foi se ampliando de forma muito decidida ao longo do período independente. Para assegurar a unidade e limitar os efeitos mais

---

<sup>235</sup> Ibidem, p. 129.

<sup>236</sup> KARMAL, Leandro. **Revolução Americana**. In **História da Cidadania**. PINSKY, Jaime. PINSKY, Carla Bassanezi. (Orgs.). **História da Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2008, p. 143.

<sup>237</sup> Idem, p. 144.

<sup>238</sup> Ibidem, p. 148.

<sup>239</sup> Id. Ib. p. 148.

negativos do individualismo que a própria cidadania impunha, constituíram-se sólidos pontos culturais de referência e de valorização.<sup>240</sup>

Após a declaração de independência americana, seguiu-se a elaboração da Constituição Federal, considerada conservadora, e erguida sobre o equilíbrio dos três poderes, o executivo escolhido por um colégio eleitoral, constituído por leitores dos legislativos estaduais, o legislativo com Senado e Câmara de representantes e o judiciário com juízes indicados pelo presidente e ratificados pelo Senado. Aqueles que se opuseram à Constituição apresentaram emendas ao Congresso, que rejeitou as que pretenderam a mudança da forma de governo, mas acataram as que salvaguardaram os direitos civis, que ficaram conhecidas como *Bill of Rights*. Nessa Lei de Direitos o governo federal tornou-se “o guardião das liberdades de palavra, imprensa, culto, religioso, petição, reunião, julgamento justo e segurança em casa contra a intromissão oficial”<sup>241</sup>. Assinale-se que as emendas à Constituição estaunidense constituem até os dias atuais importante recurso legal para assegurar os direitos do cidadão, embora, por longo tempo, os negros tenham sofrido privação de seus direitos civis e políticos nos estados do sul e só na década de sessenta do século XX, por meio das emendas 14<sup>a</sup> e 15<sup>a</sup> esses direitos passaram a ser respeitados. Remarque-se que apesar da industrialização rápida ocorrida nos estados do nordeste estaunidense, as condições de trabalho eram degradantes, expondo-se os trabalhadores a longas jornadas de trabalho, alimentação e moradia precárias. Os sindicatos, então formados, promoviam greves para a reivindicação de melhores salários, mas seus líderes perdiam os empregos e eram inseridos em listas negras.<sup>242</sup> A questão do direito de livre associação e de greve, direito social por excelência, foi solucionada na Inglaterra, em 1824, por meio de aprovação de uma lei ampla que revogou toda a proibição das atividades sindicais, atribuindo a estas entidades imunidade contra as perseguições sofridas anteriormente. Nos Estados Unidos a perseguição durou até o fim do século XIX. Já na França o direito de organização operária deu-se em 1864, por meio de uma lei que autorizou as coalizões operárias, o que legalizou as greves, sendo decisivo para a “tomada de

---

<sup>240</sup> Ibidem, p. 150.

<sup>241</sup> SINGER, Paul. **Direitos Sociais. A cidadania para todos.** In **História da Cidadania.** PINSKY, Jaime. PINSKY, Carla Bassanezi. (Orgs.). **História da Cidadania.** São Paulo: Contexto, 2008, p. 206.

<sup>242</sup> Idem, p. 207.

consciência da realidade do coletivo operário diante das relações personalizadas do patrocínio patronal”.<sup>243</sup>

Em 1789, com a tomada da Bastilha, a França viu ocorrer um movimento revolucionário, que denominou-se Revolução Francesa<sup>244</sup>. Tal movimento fez surgir a moderna concepção de cidadania. O que se pretendia, de início, era o fim dos privilégios, o que infelizmente não ocorreu. Dallari lembra que, algumas décadas antes, a mudança mais importante ocorrida:

foi justamente o uso das palavras *cidadão* e *cidadã*, para simbolizar a igualdade de todos. Vários escritores políticos vinham defendendo a idéia de que todos os seres vivos nascem livres e são iguais, devendo ter os mesmos direitos. Isso foi defendido pelos burgueses, que desejavam ter o direito de participar do governo, para não ficarem mais sujeitos a regras que só convinham ao rei e aos nobres. O povo que trabalhava, que vivia de salários e que dependia dos mais ricos também queria reconhecimento da igualdade, achando que se todos fossem iguais as pessoas mais humildes também poderiam participar do governo e desse modo as leis seriam mais justas.<sup>245</sup>

As mulheres tiveram importante participação no desenrolar dos movimentos sociais e políticos que levaram à Revolução Francesa. A primeira Constituição Francesa, de 1791, estabeleceu regras que traziam de volta as noções de cidadania romana, com cidadãos e cidadãs ativos e manteve a monarquia. Somente os cidadãos ativos podiam ser eleitos para a Assembléia Nacional, com direito de votar na eleição. Era necessário “ser francês nato, do sexo masculino, ser proprietário de bens imóveis e ter renda anual elevada”.

A partir daí a cidadania continuou a indicar o conjunto de pessoas com direito de participação política, falando-se nos “direitos da cidadania” para indicar os direitos que permitem participar do governo ou influir sobre ele, o direito de votar e ser votado, bem como o direito de ocupar os cargos públicos considerados mais importantes. Mas a cidadania deixou de ser um símbolo de igualdade de todos e a derrubada dos privilégios da nobreza deu lugar ao aparecimento de uma nova classe de privilegiados. As mulheres, os trabalhadores, as camadas mais pobres da sociedade, todos esses grupos sociais foram excluídos da cidadania ativa e tiveram que iniciar uma nova luta, desde o começo do século dezanove, para obterem os direitos da

<sup>243</sup> Ibidem, p. 234-235.

<sup>244</sup> “Compreender-se a Revolução Francesa como fundadora dos direitos civis impõe não esquecer que o século XVIII é conhecido como o século do Iluminismo e da Ilustração, por ser o século de Voltaire e Montesquieu, de Kant e Holdbach, de Diderot e D’Alembert, de Goethe e Rousseau, de Mozart e Beethoven. ODALIA, Nilo. **Revolução Francesa – A liberdade como meta coletiva**. In **História da Cidadania**. PINSKY, Jaime. PINSKY, Carla Bassanezi. (Orgs.). **História da Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2008, p. 160.

<sup>245</sup> DALLARI, op. cit.



cidadania. Foram, até agora, duzentos anos de lutas, que já proporcionaram muitas vitórias, mas ainda falta caminhar bastante para que a cidadania seja, realmente, expressão dos direitos de todos e não privilégio dos setores mais favorecidos da sociedade.<sup>246</sup>

É importante salientar que o Iluminismo exerceu grande influência na vida dos países do ocidente como a Revolução Francesa. Assinala Odalia que é no século XVIII que “a idéia de felicidade nasce, não como uma conquista individual, mas como meta a ser alcançada pela coletividade”<sup>247</sup>, ou seja, com a Revolução Industrial foram criados meios que proporcionaram fartura de bens, que possibilitaram mais conforto não apenas para uns poucos, mas para todos. Dessa sociedade que produziu mais bem estar, os filósofos, cientistas e pensadores passam a conceber uma sociedade mais igualitária, com redução progressiva de diferenças. Como sociedade igualitária deve-se entender aquela em que as leis e o direito nascem com o próprio homem, é o direito natural. Alerta Odalia que o direito natural não é uma criação do século XVIII, mas se situa no século XVII “aquilo que é para esse século a característica central do homem: a razão”<sup>248</sup>. Diversas transformações políticas podem ser apontadas com a criação do Estado-Nação, com a expansão dos direitos civis e com o declínio da influência exercida pela igreja e a nobreza. Surgem com o Iluminismo as idéias de liberalismo, socialismo e social democracia. Com a Revolução Francesa é emitida a Declaração dos Direitos Homem e do Cidadão, inspirada na Declaração de Independência dos Estados Unidos, que pretendeu alcançar toda a humanidade e não apenas os cidadãos franceses. Em seu artigo primeiro estabeleceu que “os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos”. Ao conferir direitos como liberdade, direito á propriedade, segurança e resistência à opressão, a Declaração também fixou limites a eses direitos civis, demonstrando que a lei está acima dos direitos da cidadania<sup>249</sup>.

No século XX apresenta-se grande intervenção do Estado em diversos setores da sociedade e a era das comunicações torna visível a parte boa e ruim,

---

<sup>246</sup> DALLARI, op. cit.

<sup>247</sup> ODALIA, op.cit. p. 160.

<sup>248</sup> Idem, p. 161.

<sup>249</sup> Ibidem, p. 167.

com a exposição do que é discurso e o que é prática, na questão de respeito aos direitos humanos e à cidadania.

A denominada Revolução de Outubro de 1917 constitui-se em consequência da crise do capitalismo. Vivia-se a Primeira Guerra Mundial. Cogliola<sup>250</sup> assinala que a Revolução de Outubro é “a primeira consequência da crise mundial do capitalismo”. A crise estava presente na escassez de abastecimento, os sindicatos e partidos operários propunham uma trégua, o que poderia resultar em perdas significativas de conquistas sociais. “A insurreição de outubro concentrou todas as contradições nacionais e internacionais da conjuntura histórica, assim como toda a experiência revolucionária acumulada mais em mais de um século e na revolução de 1905”<sup>251</sup>. As linhas de política internacional após a primeira grande conflagração mundial seguiram os parâmetros de autodeterminação nacional, igualdade das nações, com a criação da Sociedade das Nações, que são o antecedente da ONU e da descolonização de países menos desenvolvidos, notadamente após a segunda conflagração mundial. O *Welfare State* (estado do bem-estar social) advindo após 1945 adotou política de cunho keynesiano<sup>252</sup> “em que as políticas ditas “sociais” ficavam integradas no rol das medidas de combate aos desequilíbrios e à recessão econômica, pondo a questão dos direitos sociais, em regime capitalista, em um novo quadro político”<sup>253</sup>. O autor conclui, ao examinar o século XX:

O século que concluiu acabou pondo a cidadania efetiva, e a autodeterminação nacional, diante de uma alternativa cada vez mais clara: sua destruição, ou sua vigência apenas formal, no quadro do regime social existente; ou sua vigência e desenvolvimento efetivos num regime social completamente diverso, baseado em uma total reorganização econômica em favor e realizada pelos trabalhadores e as maiorias populares do mundo”<sup>254</sup>

Em Thomas Marshall, escritor inglês, encontra-se a definição de que cidadania “é a participação integral do indivíduo na comunidade política”,

---

<sup>250</sup> COGLIOLA, Osvaldo. **Cidadania Política**. In **História da Cidadania**. PINSKY, Jaime. PINSKY, Carla Bassanezi. (Orgs.). **História da Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2008, p.319.

<sup>251</sup> Idem, p. 321.

<sup>252</sup> Advinda das teorias econômicas do economista inglês John Maynard Keynes.

<sup>253</sup> COGLIOLA, op. cit. p. 327.

<sup>254</sup> Idem, p. 339.

distinguindo três tipos de direitos: direitos civis, que asseguram as liberdades individuais; direitos políticos, que garantem a participação dos cidadãos no exercício do poder político e os direitos sociais, que asseguram um mínimo de bem estar social.<sup>255</sup>

A questão da cidadania no Brasil percorreu um caminho tortuoso. Aponta José Murilo de Carvalho<sup>256</sup> que, inversamente à ordem estabelecida por Marshall, na seqüência ocorrida na Inglaterra, no Brasil os direitos sociais precederam os demais. A causa indica o autor, é o “peso do passado”, especificamente o período colonial:

os portugueses tinham construído um enorme país dotado de unidade territorial, lingüística, cultural e religiosa. Mas tinham também deixado uma população analfabeta, uma sociedade escravocrata, uma economia monocultora e latifundiária, um Estado absolutista.<sup>257</sup>

Carvalho afirma que o ponto mais negativo para a cidadania brasileira foi a escravidão, que estava presente em todas as classes sociais: “ a sociedade colonial era escravagista de alto a baixo”<sup>258</sup>. A abolição da escravatura deu-se apenas por pressão externa. Por outro lado os colonizadores fizeram monoculturas e com isso tinha-se a utilização de grandes extensões de terra, ou ainda o ciclo da mineração, do gado, do café, o que caracterizou o país como grande fornecedor de matéria-prima para metrópole, como de resto todas as colônias no período de grandes descobrimentos.

Diferentemente da América espanhola, onde se desenvolveu o ensino, com estímulo ao estudo universitário, no Brasil, poucos tinham acesso à alfabetização. Somente as classes superiores tinham acesso ao ensino universitário, primeiramente buscando a formação em Portugal e, posteriormente, no Brasil, após a chegada da família real ao país.

---

<sup>255</sup> AMORIM, Maria Salete de Souza. **Cidadania e Participação democrática**. Disponível em <[http://www.sociologia.ufsc.br/npms/maria\\_amorim.pdf](http://www.sociologia.ufsc.br/npms/maria_amorim.pdf)>. Acesso em 15.06.2010.

<sup>256</sup> CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil – O longo caminho**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008. p. 12.

<sup>257</sup> Idem, p. 18.

<sup>258</sup> Ibidem, p. 20.

Retornando ao início da história do Brasil, verifica-se que as contradições aparecem. A “descoberta”, que foi, na verdade, uma “conquista” dos portugueses, com um encontro nada amistoso entre o conquistador europeu e a cultura do povo nativo, que teve como resultado o extermínio de índios, seja por escravidão, doença ou luta. Adite-se que na questão comercial o Brasil serviu à produção de monocultura para resolver o problema da demanda europeia, fornecendo a cana-de-açúcar, com a utilização de grandes extensões de terra e mão-de-obra escrava dos negros africanos. No Brasil se configurou o latifúndio monocultor e exportador de escravista. Outros ciclos de exploração se sucedem no Brasil como o da mineração, no século XVII, do gado, da borracha, do café, servindo assim, por muito tempo, apenas como fornecedor de matérias-primas à metrópole, Portugal.

No período colonial, a cidadania foi negada à quase totalidade da população, porém, sendo os escravos negros provenientes do continente africano os que mais sofreram, como já mencionado anteriormente. Por pressão da Inglaterra, movida por interesses comerciais, em 1850, foi determinado o fim do comércio negreiro, instituído com a Lei Eusébio de Queiroz, indicando a abolição da escravidão no Brasil, o que só ocorreu quase quatro décadas depois. Ressalte-se que com a utilização de escravos foram formados os Estados nacionais, com a construção de cidades e realizada a Revolução Industrial na Inglaterra. Como ainda hoje ocorre, o negro apesar de avanços legislativos, continua sofrendo discriminações de toda ordem, seja ela quanto a acesso à educação, ao trabalho ou distribuição de renda.

No que pertine à alfabetização da população, apenas a elite, quase como no tempo medieval, tinha acesso ao conhecimento, mesmo após a independência declarada do país, como assinala Carvalho<sup>259</sup>, “quase toda a elite possuía estudos superiores, o que acontecia com pouca gente fora dela: a elite era uma ilha de letrados num mar de analfabetos” e entre os que tinham acesso ao estudo, este era feito em Portugal, sendo a formação jurídica, predominante, como antes mencionado.

---

<sup>259</sup> CARVALHO, op. cit. p. 15

O que se extrai da história do Brasil, no período colonial, é que a cidadania foi marcada pelo individualismo e o isolamento. Francisco José de Oliveira Vianna<sup>260</sup>, em sua obra *Instituições Políticas Brasileiras*, menciona o conceito de insolidarismo como o “traço mais característico dos indivíduos e dos grupos na sociedade brasileira, razão pela qual defendia o papel coativo e educador do estado na formação do que ele chamava de um comportamento culturoológico, capaz de sobrepor-se ao espírito insolidarista”. Este insolidarismo seria originário da colonização, em que se fixaram características como o individualismo e a desconfiança, o que se pode verificar, principalmente, no modo de exploração da terra, que se deu em grandes latifúndios, o que impelia o homem para o isolamento, sem a necessária formação de solidariedade, cooperação ou espírito público. Assim, constata-se que os interesses limitam-se a grupos, normalmente a famílias dominantes, ou como afirma o autor: “esta solidariedade familiar e “clânica” é, assim, peculiar e exclusiva à classe senhorial”<sup>261</sup>. Inexistiu a educação para a cooperação nas grandes propriedades.

Com a independência, nada de significativo em relação à cidadania se passou vez que o Estado precedeu à nação, pois que a independência brasileira foi negociada com os ingleses, com o pagamento de uma indenização de dois milhões de libras esterlinas<sup>262</sup>. De acordo com Carvalho, somente na Guerra do Paraguai houve a consciência de agregação para a luta contra o inimigo ou nas palavras do autor “não vejo consciência nacional no Brasil antes da Guerra do Paraguai”<sup>263</sup>. O mesmo autor afirma que o Brasil teria herdado a burocratização do estado moderno, descrito por Max Weber: “A ordem legal, a burocracia, a jurisdição compulsória sobre um território e a monopolização do uso legítimo da força são características essenciais do Estado moderno”<sup>264</sup>. Remarque-se que, do Brasil colônia à República Velha, a população não possuía direitos civis e políticos, ainda que houvesse alguns movimentos a favor da abolição, da independência. Mesmo o movimento que redundou na proclamação da República foi um movimento promovido pela elite, sem

---

<sup>260</sup> VIANNA, Francisco José de Oliveira. **Instituições Políticas Brasileiras**. Vol. 1. Rio de Janeiro: José Olympio, 1949.

<sup>261</sup> Idem, p. 272.

<sup>262</sup> CARVALHO, p. 27.

<sup>263</sup> Idem, p. 11.

<sup>264</sup> Ibidem, p. 23.

a participação do povo. Como lembra Carvalho, além disso, “o ato da proclamação em si foi feito de surpresa e comandado pelos militares que tinham entrado em contato com os conspiradores civis poucos dias antes da data marcada para o início do movimento”<sup>265</sup>, caracterizando a falta de participação popular, que também estava alijada do processo eleitoral, em sua grande maioria, já que voto era vedado aos analfabetos.

O populismo pode ser designado como outro ponto marcante da história do Brasil, assim como em toda a América Latina. Desta forma, espera-se que alguém, uma espécie de “salvador da pátria”, venha em socorro para solução de problemas. Caio Prado<sup>266</sup> a este respeito comenta que a ocupação da terra brasileira foi “um feudalismo que não deu certo”, onde houve o predomínio de clientelismo.

Na década de 30 surgem alguns direitos sociais, como decorrência de concessões do governo e não por meio de conquista de movimentos sociais. Convém lembrar que a Consolidação das Leis do Trabalho foi editada por Getúlio Vargas em 1943, e que o modelo sindical brasileiro é oriundo do modelo italiano, em plena época do fascismo e revela-se inadequado. Mesmo após o fim do período ditatorial, o país viveu um período democrático, de 1945<sup>267</sup> a 1964, mas que se caracterizou pelo populismo e nacionalismo, conforme noticia Carvalho<sup>268</sup>.

Após o período brevíssimo de democracia, o país mergulhou num período ditatorial, em que foram aniquiladas, por perseguições diversas, as lideranças políticas, sociais e religiosas, com supressão de direitos políticos, além de prisões e assassinatos, em página lamentável da história nacional. Nessa época instaurou-se a limitação ao exercício da cidadania na acepção larga do termo, como a eleição indireta para a Presidência e o fechamento do Legislativo. Mas também é dessa época a criação de algumas benesses sociais como a Previdência Social, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, que em verdade visou ao fim da

---

<sup>265</sup> CARVALHO, op. cit. p. 80.

<sup>266</sup> PRADO JUNIOR, Caio. **Evolução Política do Brasil - Colônia e Império**. São Paulo: Brasiliense, 2001, p. 55.

<sup>267</sup> Durante o governo Dutra ficou claro os limites impostos ao exercício do direito de organização, com a intervenção nos sindicatos, proibição de greves, comícios e manifestações. LUCA, Tania Regina de. **Trabalhadores**. Direitos Sociais no Brasil. In **História da Cidadania**. PINSKY, Jaime. PINSKY, Carla Bassanezi. (Orgs.). **História da Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2008, p.482.

<sup>268</sup> CARVALHO, op. cit. p. 92.

estabilidade decenal, que vedava a dispensa do empregado sem justa causa, e que se tornou o regime obrigatório para contratação pelo regime CLT após a Constituição Federal de 1988, o Banco Nacional de Habitação (BNH) e em 1974 o Ministério da Previdência e Assistência Social<sup>269</sup>.

Quando a ditadura militar resolveu, pelo desgaste, deixar o poder, também por pressão da sociedade, em 1985, criaram-se novos partidos políticos, culminando a reorganização do período democrático, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, também denominada de “Constituição Cidadã”. Salienta Carvalho que:

Aqui primeiro vieram os direitos sociais, implantados em período de supressão dos direitos políticos e da redução dos direitos civis por um ditador que se tornou popular. Depois vieram os direitos políticos, de maneira também bizarra. A maior expansão do direito do voto deu-se em outro período ditatorial, em que os órgãos de representação política foram transformados em peça decorativa do regime. Finalmente, ainda hoje muitos direitos civis, as bases da seqüência de Marshall continuam inacessíveis à maioria da população. A pirâmide dos direitos foi colocada de cabeça para baixo<sup>270</sup>.

Assim, de forma bastante breve procura-se demonstrar que os direitos sociais no Brasil ainda estão longe de serem plenamente implantados, constatando-se a difícil trajetória porque passa a construção da cidadania brasileira que, como assinala Carvalho, atravessa uma desconexão entre os direitos legalmente declarados e os direitos efetivamente exercidos, pela inversão da ordem normal de implantação de diversos direitos, como amplas liberdades políticas instauradas em pleno regime escravocrata, quando era negada liberdade civil à grande parte da sociedade e a concessão de direitos sociais, a título compensatório, por regimes ditatoriais, no período que vai de 1964 a 1984, sobre direitos políticos que os devia ter antecedido em uma progressão natural do amadurecimento sócio-político.

### 3.1.1 – Posição Contrária

A questão da falta de legitimação do cidadão para propositura da ação civil pública encontra eco na doutrina. Ferraresi<sup>271</sup>, oportunamente, indaga qual a

<sup>269</sup> CARVALHO, p. 172.

<sup>270</sup> Idem, p. 219-220.

<sup>271</sup> FERRARESI, op. cit. p. 136.

razão para retirar-se do indivíduo a possibilidade de ajuizar uma ação coletiva? As respostas que a doutrina oferece são de ordem técnico-jurídica e política e causam certa perplexidade.

Watanabe<sup>272</sup> ao comentar o Código de Defesa do Consumidor informa que a legitimação para as ações coletivas foi a mais ampla possível, optando o legislador por deixar ao indivíduo apenas a legitimidade para defesa dos interesses e direitos individuais. As razões apontadas, embora a legitimação concorrente do indivíduo não tivesse tecnicamente qualquer óbice, dizem respeito a um possível uso político-eleitoral de demandas coletivas, advindas de uma má experiência com a ação popular, onde o legitimado é o cidadão, levaram o legislador a optar por não estender a legitimidade ao indivíduo<sup>273</sup>. Nas palavras do autor:

Mas ponderações várias, como as pertinentes ao conteúdo político das demandas, a possibilidade de pressões quanto à propositura e prosseguimento da demanda, a produção de provas adequadas e ao prosseguimento destemido nas instâncias superiores, e a necessidade, enfim, de um fortalecimento do autor da demanda coletiva, fizeram com que excluísse a legitimação individual para a tutela dos consumidores a título coletivo. Algumas experiências vividas no campo da ação popular, que tem sido utilizada, com alguma frequência, como instrumento político de pressão até de vindita, serviram também para o perfilhamento da opção legislativa mencionada.

Lembra Ferraresi, que o que se temia era “banalização das demandas coletivas”, além do que o “brasileiro não está preparado para utilizar judicialmente as ações coletivas” e, caso fosse possível, poder-se-ia ter uma explosão de demandas, “sem relevância, o que retiraria força e credibilidade desse instrumento”.<sup>274</sup> Além desses argumentos ainda caberia afirmar que a legitimação individual nas ações coletivas pertence ao ordenamento jurídico estadunidense, estando em desacordo com as tradições e raízes jurídicas brasileiras: “A nossa sociedade não é esclarecida

---

<sup>272</sup> WATANABE, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* - Comentado pelos Autores do Anteprojeto. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997. P. 637.

<sup>273</sup> O comentário usa o vocábulo indivíduo e não cidadão como está no texto da Lei da Ação Popular, 4.717/65.

<sup>274</sup> FERRARESI, op. cit. p. 137.



e, por isso, haveria necessidade de que os órgãos estatais ou mesmo corpos intermediários respondessem pelas demandas coletivas”.<sup>275</sup>

Tais argumentos, como adiante será exposto, não têm sustentação, mormente se considerado que o cidadão é o maior interessado na busca pela tutela jurisdicional que compõem os bens da coletividade.<sup>276</sup>

### 3.1.2 – Posição Favorável

Colhe-se, todavia, na doutrina fortes argumentos para que a legitimidade na ação civil pública seja estendida ao cidadão, principalmente, considerando os princípios contidos na Constituição Federal, de acesso à justiça e participação.

Mendes<sup>277</sup>, ao comentar a ampliação da legitimação no anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos com a extensão à pessoa natural da legitimidade para a ação coletiva, afirma que:

O direito moderno, de matriz constitucional ou processual, vem apontando na direção do acesso à justiça, da ampliação da legitimidade e da instrumentalidade do processo. A limitação da legitimação do indivíduo, diante de interesses individuais homogêneos, deixa de produzir resultados positivos: economia processual e judicial; maior acesso ao judiciário; melhoria da prestação jurisdicional, em trechos de tempo e qualidade, devido à redução do número de feitos, preservação do princípio da igualdade etc. Mas em termos de interesses de natureza indivisível, o resultado é a denegação absoluta de justiça.

Diante dos princípios processuais constitucionais de acesso à justiça, inafastabilidade da jurisdição e participação, não se justifica a falta de legitimidade do cidadão. Como salienta Ferraresi “não importa a motivação que leva alguém à propositura da demanda judicial”, pois nem todas as ações são de cunho altruísta. Quando se permite ao indivíduo propor a ação, deve o mesmo preencher os

<sup>275</sup> FERRARESI, op. cit.p, 137.

<sup>276</sup> Constituição Federal de 1988, artigo 3º: Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (...)IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor idade e quaisquer outras formas de discriminação.

<sup>277</sup> MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis.** In Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de processos Coletivos. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2007, p. 26

requisitos de causa de pedir e pedido, ou seja, descrição do fato e fundamento jurídico e invocação da tutela pretendida. No caso da demanda coletiva o fato a ser descrito deve ser suficiente a demonstrar a lesão coletiva, ensejando, ao menos em tese a prestação jurisdicional.

O argumento de que o brasileiro é individualista, como afirma Watanabe<sup>278</sup> pode ter base histórica como visto anteriormente, mas não se justifica, principalmente sob a assertiva de que se deve esperar que o povo amadureça para então ser legitimado a reivindicar a proteção judicial se houver ameaça ou lesão a direito seu. Como salienta Ferraresi<sup>279</sup>: “Negar legitimidade ao indivíduo para a tutela coletiva, sob o argumento de que ainda não está “maduro” é o mesmo que dizer que o brasileiro não sabe votar, já que escolhe mal seus governantes!”.

O anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos prevê requisitos para a propositura da ação coletiva, propondo um controle sobre essa legitimação, a exemplo que se passa na *class action* estadunidense. Assim são estabelecidos requisitos como seriedade, viabilidade e importância da demanda<sup>280</sup>. Mendes aduz que os parâmetros são exemplificativos: credibilidade, capacidade, prestígio e experiência, bem assim o histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe, a conduta em outros processos coletivos, coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda e a representatividade da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

Na lei de ação popular são encontradas formas de coibir a utilização afastada do escopo da lei. Assim, no caso de ser detectada a lide temerária o autor da demanda será condenado ao pagamento do décuplo das custas, conforme redação do artigo 13, da lei 4717/65, bem assim no caso de desistência ou absolvição da instância, qualquer outro cidadão ou o Ministério Público poderá seguir com a demanda, de acordo com o artigo 9º da mencionada lei.

Na verdade, o Ministério Público face à sua missão institucional e especialização de seus órgãos cada vez mais se tem tornado o que mais propõe

---

<sup>278</sup> Op. cit. p. 638.

<sup>279</sup> FERRARESI, op. cit. p. 137.

<sup>280</sup> MENDES, op. cit. p. 26.

ações, e o cidadão no caso da ação popular, o que menos se interessa pelo procedimento. Portanto, legitimar o cidadão seria estimular a participação do indivíduo nas questões coletivas, e abandonar o individualismo de que ainda se encontra imbuído. As ações que demonstram a solidariedade são ainda pontuais. O artigo 3º da Constituição Federal prescreve quais são os objetivos fundamentais da República: "Construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, promover o bem de todos sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade". Ao atribuir-se legitimidade ao cidadão estimula-se a solidariedade, a deixar a acomodação de aceitar as violações a seus direitos, organizando-se para reivindicar a sua proteção ou reparação, bem assim cumprem-se os princípios constitucionais de acesso à justiça e participação.

Por outro lado recorde-se que, dentre os legitimados, além do Ministério Público estão as associações e sindicatos e a Defensoria Pública, mas que não estão em todos os lugares, bem como as associações e sindicatos não tem utilizado o instrumento para a defesa da categoria ou classe que represente, provocando na maioria das vezes o Ministério Público, apresentando uma representação e aguardando que o mesmo aja. O perigo que se corre é que passa o Ministério Público a ser o paladino da sociedade, mas que pode também não agir, porque entende que não seria o caso, ou ainda, que a sociedade se sinta tão segura com a atuação do Ministério Público que simplesmente acomode-se, como, aliás, tem sido observado, mesmo após tanto tempo da edição da lei 7347/85.

Mancuso<sup>281</sup> afirma que "a tutela jurisdicional aos direitos difusos se situa no plano geral da "participação popular através da justiça", isto é, admite-se a existência de um numero elevado de indivíduos com interesses difusos e que, portanto, não se enquadram no sistema tradicional de legitimação, que por não estarem autorizados a demandar em nome do grupo, ficarão "marginalizados do processo jurídico". Nas palavras do autor:

É chegado o momento de dar "voz e voto" a esses *interesses párias*, que foram até agora esquecidos ou ignorados pela consideração simplista (e equivocada) de que *o que pertence a todos não pertence a ninguém*, e assim *ninguém* pode pretender sua tutela.

---

<sup>281</sup> MANCUSO, op. cit. p. 171.

E assim sendo, tratando-se de interesses difusos a legitimação também deveria ser difusa, ou seja, “aberta” a todos os interessados. Monte Alegre a respeito afirma que:

é chegada a hora de reconhecer que o Ministério Público não recebeu da Constituição a tarefa de substituir a ação da cidadania e sim a de ajudá-la a caminhar. Tutela, curatela, e pátrio poder, este último ainda quando exercido por “por bom pai de família”, somente servem a incapazes, enquanto o são e na estreita medida das suas necessidades. O que, obviamente, não é o caso de quem há muito tempo se elevou à condição de súdito a cidadão. Que o Ministério Público auxilie, ampare, concorra. Porém, substituir não.<sup>282</sup>

No direito comparado, encontra-se em Portugal a ação popular com a legitimação do cidadão, no seu sentido estrito, ou seja, no gozo de seus direitos civis e políticos, sendo uma legitimação concorrente e disjuntiva, de acordo com a lei 83/95, artigo 2º. O cidadão representa o grupo com dispensa de mandato ou autorização expressa, podendo, os que assim desejarem, requerer a sua exclusão. O Ministério Público age somente como fiscal da lei, podendo substituir o autor desistente, ou que evidentemente praticar atos lesivos aos interesses do grupo, no que se assemelha à ação popular brasileira. A legitimidade na ação popular lusitana aproxima-se do sistema do common law (*representative plaintiff*), e não do modelo brasileiro e francês, que adotam a legitimação institucional, com ênfase para a atuação do Ministério Público e nem adotou a representatividade adequada do sistema norte-americano.<sup>283</sup>

Grinover<sup>284</sup>, em audiência pública realizada na Câmara Federal, onde se discutiu o projeto de lei 5.139/2009, defendeu a legitimidade da pessoa física para a propositura de ação civil pública. De acordo com a autora “não podemos admitir o amplo acesso à Justiça, se por outro lado restringimos a participação do cidadão na tutela dos interesses coletivos”. Para a jurista, de acordo com a proposta do IBDP<sup>285</sup>, a legitimação da pessoa física estaria cercada de mecanismos

<sup>282</sup> ALEGRE, Sérgio Monte. **Ação Civil Pública, Constituição Federal e legitimidade para agir**. Revista Trimestral de Direito 14/75.

<sup>283</sup> FERRARESI, op. cit. p.141.

<sup>284</sup> Disponível em <<http://www.observatorioeco.com.br/index.php/acao-civil-publica-ajuizada-pelo-cidadao-tese-de-ada-p-grinover/>>. Acesso 25.05.2010.

<sup>285</sup> Instituto Brasileiro de Direito Processual.

processuais que impediriam o uso leviano da ação, reforçando a responsabilidade do autor que agir de maneira lesiva ao interesse coletivo. A legitimidade se daria por meio da representatividade adequada, podendo o juiz avaliá-la a qualquer tempo e grau de jurisdição. Ao contrapor as críticas à ampliação do rol de legitimados para a propositura da ação afirmou Grinover:

o uso político da ação popular não é argumento que me comova. A democracia é feita pelos embates políticos, e o uso da ação popular por um cidadão que é também parlamentar é uma ampliação do embate jurídico político. E indaga: se o cidadão é parte legítima para entrar com uma ação popular que visa proteger, em sentido lato o patrimônio público, porque não pode representar os interesses da comunidade a que ele pertence?

Assim, a posição favorável à legitimação do indivíduo para ajuizar a ação coletiva encontra respaldo na doutrina, mas ainda não na lei, o que afronta os valores constitucionais, como a dignidade da pessoa humana e a cidadania e os princípios de acesso à justiça e participação.

## **CAPÍTULO IV**

### **A AÇÃO CIVIL SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA**

Neste capítulo pretende-se demonstrar a existência no ordenamento jurídico pátrio de um instituto capaz de legitimar o cidadão a propor a ação civil pública na inércia dos legitimados legais.

#### **4 – A AÇÃO PENAL PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA**

A Constituição brasileira tem o seu pilar no Estado Democrático de Direito e dentre os seus fundamentos está a garantia à cidadania e à dignidade da pessoa humana. Ao serem violadas tais garantias o Estado, que detém o monopólio da Justiça, possibilita a solução de conflitos. Desta forma, o texto constitucional prevê no artigo 5º, inciso XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”, indicando que está vedada a autodefesa e admitido o direito de ação,

No direito romano o direito de ação era o próprio direito material pleiteado em juízo, de acordo com a teoria civilista, que confundia o bem da vida com o direito de postular em juízo. Savigny entendia que ação e o direito material eram verso e reverso de uma mesma medalha. Contrariando esta perspectiva Windscheid afirmou que a ação não era o poder de exigir em juízo, mas o poder de subordinar o interesse alheio ao próprio, Muther, entretanto, distinguiu o direito de ação do direito material, considerando que a ação é não um direito do autor contra o réu, mas em face do Estado, pois que este detém o monopólio da justiça. Posteriormente, Wach, com a teoria concretista, demonstrou a autonomia do direito de ação em relação ao direito subjetivo material. Assim, só tinha o direito de ação quem tivesse razão, a ação é o direito é um direito concreto de agir e de obter uma sentença favorável. Chiovenda afirmou que a ação é um direito autônomo, potestativo, não sendo a ação um direito contra o Estado, mas em face do réu, tendo o autor o poder de influir na vontade daquele sem a sua anuência. Por fim a teoria

abstrata, de Degenkolb e Plöz, afirma que o direito de ação é um direito que pode ser exigido do Estado independentemente da existência de um direito matéria que se discutirá em juízo e, assim, é um direito autônomo. Não está ligado a outro, não decorre de outro e pode conceber-se como abstração de qualquer outro. Portanto, o direito de ação pertence mesmo aos não possuem o direito material que se discute em juízo, não estando vinculado ao provimento a ser obtido, procedente ou improcedente.<sup>286</sup>

A ação penal é o direito de invocar do Estado, via Poder Judiciário, a aplicação do direito penal objetivo. O direito pátrio prevê a ação penal pública, cuja titularidade é do Ministério Público, condicionada ou não à representação da vítima e a ação penal privada, cujo titular é a vítima, consoante disposições do Código Penal e Código de Processo penal.

Na ação penal pública incondicionada, violada a norma penal, surge para o Estado a pretensão acusatória, exercida obrigatoriamente pelo Ministério Público, com previsão constitucional no artigo 5º, inciso II. Inicia-se com o ato processual da denúncia.

Como exceção, já que regra geral todo crime se processa mediante a ação penal pública incondicionada, tem-se a ação penal condicionada à representação do ofendido ou requisição do Ministro da Justiça, tendo a lei, expressamente, fixado os crimes a que este tipo de ação se aplica. Note-se que o Ministério Público permanece como titular sendo a representação ou a requisição do Ministro da Justiça condição de procedibilidade. Não havendo a representação o inquérito não poderá ser instaurado, conforme artigo 25 do Código de Processo Penal. Uma vez manifestada a vontade através da representação, o órgão ministerial assume incondicionalmente a ação, não sendo possível a retratação, ressaltando-se que o Ministério Público não está adstrito à representação, ou seja, não está obrigado a oferecer a denúncia e nem considerar o fato descrito na mesma.

Prevê o ordenamento jurídico pátrio a possibilidade da ação penal privada, onde a legitimidade para agir pertence à vítima, entendendo a doutrina que

---

<sup>286</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 204-206.

neste caso ocorre a substituição processual, eis que, ao exercer a queixa está o ofendido defendendo um interesse alheio, interesse exclusivo do Estado, em nome próprio. Admitem-se duas espécies: a ação penal privada exclusiva ou personalíssima e a subsidiária da ação penal pública. No primeiro caso o exercício da ação está afeto exclusivamente ao ofendido ou seu representante legal. Na segunda hipótese será admitida quando houver inércia do Ministério Público, que não oferecer denúncia no prazo legal, conforme artigo 100, parágrafo 3º do Código Penal e artigo 29 do Código de Processo Penal. Quanto ao prazo, na ação penal privada personalíssima é de seis meses para a apresentação da queixa, contados da ciência pelo ofendido de quem é o autor do crime e na ação penal privada subsidiária da pública o prazo conta-se da data em que se esgotou o prazo para oferecimento da denúncia. Trata-se de prazo decadencial, causa extintiva da punibilidade, o que diferencia da ação penal pública em que o prazo se encerra quando ocorrer a prescrição da pretensão punitiva.

#### 4.1 – Aplicação do instituto no âmbito da Ação Civil Pública

Como visto anteriormente, na ação civil pública os legitimados encontram-se previamente designados na lei, o mesmo ocorrendo na ação penal, onde o Ministério Público é o legitimado na ação penal pública e o ofendido na ação penal privada.

O cidadão tem interesse real na tutela de bens da coletividade, da qual também faz parte, são os interesses que não tocam apenas a seu patrimônio individual, mas bens que possui com os demais membros da sociedade.

A lei 4.717/65, denominada lei da ação popular, legitima o cidadão à tutela de atos lesivos ao patrimônio público e à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, conforme redação ampliada do artigo 5º inciso LXXIII do texto constitucional. Portanto o que se protege nesta ação são o patrimônio público e a moralidade administrativa, que não são direitos difusos ou coletivos. Estes são objeto de tutela via ação civil pública. Como anota Ferraresi “o ponto de contato entre a ação popular e a ação civil pública está na proteção a



direitos supra-individuais (meio-ambiente, patrimônio histórico e cultural etc.)<sup>287</sup>. Entretanto, para a proteção dos direitos coletivos *lato sensu* o legislador atribuiu legitimação ao Ministério Público, à União, aos Estados e Municípios, às autarquias, às empresas públicas, às sociedade de economia mista, às associações e sindicatos e à Defensoria Pública, excluindo o cidadão. Contudo, a inclusão deste no rol de legitimados representa obediência aos princípios constitucionais de acesso à justiça e da efetividade e desrespeito aos fundamentos de cidadania e dignidade da pessoa humana. A crítica que se faz a respeito do rol de legitimados legais é a discricionariedade com que podem ou não agir, uma vez que, por exemplo, no caso da ação penal pública, existe por parte do Ministério Público o dever de agir, enquanto na ação civil pública os legitimados podem propor a ação, inclusive o Ministério Público. Pode haver por parte daqueles aos quais a lei atribuiu o poder de agir uma espécie de “filtragem” de acordo com o interesse de cada um. Com relação a este ponto Eduardo Appio<sup>288</sup> comenta:

Nestes casos, o processo de tomada das decisões migra para espaços alternativos de poder como, por exemplo, as empresas de mídia, exilando a transparência do processo, guiado agora por fins lucrativos. Ou ainda, se institucionaliza, nos casos em que o interesse a ser tutelado coincide com os interesses da instituição, pessoa jurídica de direito público, Ministério Público etc., os quais realizam um processo de “filtragem das pretensões, deixando que prossigam somente as que convergem com os seus interesses, enquanto atores disputando poder no ambiente político.

Aduz o mesmo autor que é necessário, na sociedade contemporânea que se amplie a participação do cidadão, como forma de diminuição das desigualdades, quando se aparta do debate as minorias que acabam não opinando acerca de seus próprios interesses<sup>289</sup>, o que é facilmente comprovado pela característica falta de organização do brasileiro, como antes mencionado, podendo ocorrer colidência de interesses entre grupos organizados e essas minorias. Aponta Appio<sup>290</sup> dentro dessas categorias os reclusos do sistema penitenciário e suas famílias, aos quais seria imposto uma espécie de “exílio jurídico”.

---

<sup>287</sup> FERRARESI, op. cit. p. 298.

<sup>288</sup> APPIO, Eduardo. **A Ação Civil Pública no Estado Democrático de Direito**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 235.

<sup>289</sup> Idem, p. 236.

<sup>290</sup> Ibidem.

Outro ponto importante a ser observado é que diferentemente da tutela individual buscada no processo civil comum, no processo coletivo o que se visa proteger é o bem coletivo, o que indica a prevalência de interesse social. Se assim é deve-se considerar a legitimação, que não pode ser limitado ao rol estabelecido na lei 7.347/85, sendo dele excluído o maior interessado que é o cidadão. Colhe-se de Appio<sup>291</sup> o seguinte exemplo:

O cidadão possui uma relação com o bem coletivo fundada no interesse jurídico em ver assegurada a defesa de um bem que assegura a dignidade da pessoa humana, em seu aspecto físico e moral. O cidadão que juntamente com um vizinho constitui uma associação pode ingressar com ACP, consoante a doutrina tradicional, mas ao se litisconsorciar com o mesmo vizinho, sem o amparo de uma associação, não poderá promover a ACP?

A resposta pela interpretação da lei 7.347/85 é negativa, embora o bem protegido seja o mesmo, ou seja, não se trata de interesses distintos. Adite-se que a sentença a ser proferida, caso seja de improcedência afetará o patrimônio do cidadão, ainda que ele não tenha participado do processo, pois depende da intermediação de um terceiro, legitimado legalmente, para que veja o seu bem jurídico protegido, sendo-lhe neste caso vedado o acesso ao judiciário.

#### 4.1.1 – A Inação dos legitimados legais

A exemplo do que pode ocorrer na ação penal pública, quando o Ministério Público deixa de agir, pode suceder que os legitimados na lei 7.347/85, não ajam e deixem de pleitear a necessária proteção a direitos transindividuais. Neste caso, a atual lei da ação civil pública não confere ao cidadão a legitimidade para agir, embora o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos tenha feito esta previsão, condicionando a requisitos como credibilidade, capacidade, prestígio e experiência, o histórico na proteção judicial e extrajudicial dos interesses ou direitos dos membros do grupo, categoria ou classe, a conduta em outros processos coletivos, coincidência entre os interesses dos membros do grupo, categoria ou classe e o objeto da demanda e a representatividade da pessoa física perante o grupo, categoria ou classe.

---

<sup>291</sup> APPIO, op. cit. p. 237.

Por outro lado, autores como Grinover, Mendes, Appio e Ferraresi são favoráveis à ampliação da legitimação para a proteção dos direitos coletivos *lato sensu*, para ser incluído no rol, o cidadão, pois o que está sendo tutelado é um bem que também a este pertence, que agiria defendendo interesse próprio, “na medida em que faz parte da coletividade atingida”<sup>292</sup>. A argumentação de que o fato de conferir legitimidade ao cidadão poderia ensejar a má utilização do instrumento processual da ação civil pública, encontra na atuação do Ministério Público, órgão que age obrigatoriamente como fiscal da lei, a garantia de que não está em risco o bem coletivo tutelado, devendo ser considerado, ainda, que qualquer outro legitimado, inclusive o Ministério Público, poderá aditar a peça inicial, atuando como litisconsortes<sup>293</sup> e prosseguir no feito, em caso de desistência do autor. No que se refere aos efeitos da sentença, como antes mencionado, no caso de improcedência por falta de provas, surge a possibilidade de propositura de nova ação, eis que o efeito *erga omnes* se dá apenas no caso de procedência do pedido. A justificativa para a legitimidade do cidadão encontra respaldo na cidadania, que só se concretiza com a ampliação dos mecanismos de acesso à justiça<sup>294</sup>.

Ocorrendo a omissão dos legitimados legais, o que pode suceder, tendo em vista que o interesse institucional pode colidir com o bem a ser protegido, não se deve negar a legitimidade do cidadão para agir, a fim de evitar que o Poder Judiciário atue no controle e tutela de bens indisponíveis da coletividade. Observe-se que a lei da ação civil pública, 7.347/85, sequer prevê solução para o caso de haver omissão de quaisquer dos legitimados, o que vem de encontro à tese de que é preciso a reforma dessa lei e, enquanto ela não ocorre, buscar alternativa no próprio ordenamento jurídico pátrio para solucionar a questão, pena de violação de princípios e valores constitucionais, como a inafastabilidade da jurisdição, ampla defesa, a cidadania e a dignidade de pessoa humana.

#### 4.1.2 – A legitimidade do cidadão para a ação civil subsidiária da pública

---

<sup>292</sup> APPIO, op. cit. p. 246.

<sup>293</sup> Artigo 5º, § 2º da lei 7.347/85.

<sup>294</sup> APPIO, op. cit. p. 261.

Considerando que a legislação atual não confere ao cidadão a legitimidade para propositura da ação civil pública, embora esteja em desacordo com os princípios de inafastabilidade de jurisdição e ampla defesa, previstos na Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXXV e LV, deve-se buscar no ordenamento jurídico uma solução alternativa, até que esta omissão legislativa venha ser suprida.

Assevera Appio que o interesse que justifica a legitimação de agir do cidadão encontra amparo na Constituição Federal, ressaltando que estando o cidadão sujeito à eficácia *erga omnes* da sentença de improcedência, não pode ter seu acesso negado a participar do feito “na qualidade de autor, de litisconsorte, de assistente litisconsorcial, de interessado na interposição de recurso competente, ou, finalmente de propor ação rescisória no prazo legal”<sup>295</sup>. Neste sentido ressalta o autor:

O interesse jurídico que justifica no estatuto individualista do CPC a intervenção na qualidade de terceiro – fundada no interesse jurídico no tocante à solução a ser dada para um litígio que envolva as partes ligadas por uma relação de direito material – permite, no regime solidarista da tutela dos bens coletivos, a propositura de ação em nome próprio, mas no interesse de toda a coletividade, por parte do cidadão interessado.

Prevê a Constituição Federal no artigo 5º, inciso LIX<sup>296</sup>, bem assim o artigo 29 do Código de Processo Penal, a possibilidade de agir o ofendido no caso de inação do legitimado legal, o Ministério Público, em crimes de ação pública.

O prazo legal a ser observado no caso, deve ser o previsto no artigo 267, inciso III, do Código de Processo Civil. Como se observa da lei 7.347/85, caso haja por parte do autor o abandono da causa, o Ministério Público possa assumir a mesma, prevendo o legislador a possibilidade de debilidade na atuação do autor originário.

Considerando que o Ministério Público pode instaurar o inquérito civil público para colher provas, a fim de embasar a ação civil pública a ser proposta, poderia o cidadão propor a ação em caso de inação do órgão ministerial, com aplicação do artigo 29 do Código de Processo Penal, observando o quanto ao

<sup>295</sup> APPIO, op. cit., p. 249.

<sup>296</sup> "será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal".

inquérito acaso instaurado, uma vez que não é providência obrigatória, o prazo previsto para a ação penal<sup>297</sup>. Nas palavras de Appio:

Os interesses sociais que justificam a atuação subsidiária do particular na ação penal também se fazem presentes nestes casos de injustificada inércia ministerial (fato raro, é bem verdade). De uma maneira geral, o Ministério Público se utiliza da prerrogativa legal de instauração do inquérito civil público, o qual servirá de base para a propositura da ação civil pública.

Caso o Ministério Público deixe de adotar providências para a tutela de bens coletivos ameaçados, poderia o cidadão subsidiariamente atuar, ou mesmo os demais legitimados, mediante ação civil privada subsidiária da pública, nos casos de abandono do inquérito civil público por parte do Ministério Público<sup>298</sup>. O *Parquet*, que atuaria de todo modo como fiscal da lei ação proposta, poderia, a exemplo do que ocorre na ação penal privada subsidiária da pública, aditar a peça inicial, ou oferecer outra substitutiva, requerer o que entender cabível para proteção do bem tutelado, considerando a sua relevância social.

---

<sup>297</sup> APPIO, op. cit. p. 264.

<sup>298</sup> *Idem*, p. 265.

## CONCLUSÃO

A pesquisa teve como escopo o estudo da ação civil pública e a legitimidade para agir, enfocando a omissão legislativa em atribuir ao cidadão a legitimidade para a propositura da ação, a exemplo do que já previsto na ação popular.

Foram abordados diversos aspectos das ações coletivas, inclusive dando-se notícia do que ocorre no direito comparado, a respeito da legitimidade, em países de common law e civil law. A adoção de instrumentos coletivos para a solução de conflitos de massa é característico da sociedade contemporânea, ao lado de um processo com característica proteção do direito individual, típico da época liberal, surgindo a necessidade de dotar-se de proteção os direitos transindividuais, que pertencem a todos ou a partes do todo e que carecem de proteção, com a responsabilização pelos danos ocorridos e que lesionam toda a coletividade, não sendo possível a sua apreciação por meio de um processo moldado para resolução de conflitos individuais.

A necessidade de sistematização dos instrumentos de solução de conflitos coletivos tem sido demonstrada com os estudos para elaboração de Códigos de Processo Coletivo, quer em nível externo, quer a nível nacional, com o anteprojeto de Código de Processos Coletivos. Nestes novos instrumentos, em estudo, nota-se a tendência de incluir-se o cidadão, entendido em sentido amplo do vocábulo, como legitimado ativo, o que, em termos de legislação pátria, ainda se encontra restrito à ação popular, onde ainda se encontram discussões a respeito do conceito de cidadão ali empregado, se na acepção de detentor de direitos políticos, ou na acepção ampla que englobaria toda pessoa física. Na lei de ação civil pública o legislador optou por não conferir legitimidade ativa ao cidadão, tendo sido atribuída essa legitimidade a pessoas jurídicas públicas e privadas ou órgãos públicos dotados de autonomia. Adite-se que a previsão de inclusão do cidadão como legitimado ativo nos referidos instrumentos processuais, indica que tal legitimidade sofrerá por parte do magistrado a avaliação de preenchimento de diversos requisitos que por si só, já servirão de mecanismo de filtragem a evitar demandas temerárias. Considere-se, ainda, a atuação do Ministério Público que deverá estar presente em

toda demanda coletiva, como fiscal da lei. O estudo do direito comparado revela que países de common law adotam a representação adequada como requisito para a propositura da demanda coletiva e é nítida a influência a experiência estadunidense tem sobre os estudos da ação coletiva brasileira. Entretanto, o legislador não adotou a representação adequada na ação civil pública, preferindo excluir o cidadão, na acepção ampla do termo, da legitimidade ativa da demanda.

O temor revelado por parte da doutrina de que ao atribuir-se a legitimidade ao cidadão poderia ocasionar a explosão de demandas, com o conseqüente emperramento da máquina judiciária, ou ainda de modo reprovável, de que o cidadão não estaria preparado para essa legitimação revelam-se infundados. Isto porque como se pode observar o cidadão brasileiro, não tem por hábito a solidariedade, conquanto esteja ela expressamente insculpida na Constituição Federal. Ao reverso é possível constatar na história do Brasil a falta de solidariedade, de cooperação a que está habituado o brasileiro. Ao lado desta questão caminha a desorganização da sociedade, com pequenas ações pontuais, muitas vezes de mera filantropia ou assistencialismo, que visam apenas à resolução de problemas setoriais, sem que se possa concluir por um movimento capaz de alterar este estado, estimulado pela falta de provocação das classes políticas. Adite-se que a ação popular que prevê a legitimação ativa do cidadão, é um instrumento pouco utilizado, não denotando o seu uso freqüente como instrumento de vingança e pressão política.

Ao conferir a legitimidade ativa ao cidadão estar-se-ia proporcionando o exercício da cidadania, estimulando o seu espírito de cooperação e solidariedade, além de respeitar os princípios caros ao Estado Democrático de Direito sobre o qual está erguida a democracia brasileira. Não se pode ter direitos apenas propalados se é vedado o seu exercício. O medo, que paralisa, de utilização equivocada da ação civil pública, não se justifica, eis que a fiscalizar a inadequação da ação, está o Ministério Público e o magistrado, que a todo tempo pode avaliar a legitimidade da parte, tratando-se de questão de ordem pública.

A falta de legitimidade ativa do cidadão para ação civil pública, pela omissão legislativa, não pode impedir o acesso ao judiciário e a participação daquele no processo, pena de violação a garantias constitucionais. O princípio de acesso à

justiça não deve servir apenas para solução de conflitos no campo do direito individual, modelo que não se coaduna com a sociedade contemporânea, onde aumentam os conflitos de massa, mas também, à solução de conflitos que englobam direitos da coletividade, não se justificando que o seu maior interessado, o cidadão, permaneça excluído do processo, submetendo-se à avaliação dos legitimados legais acerca da pertinência ou não da propositura da demanda.

Como alternativa à falta de operosidade do legislador, e não dos estudiosos do tema, que como visto, têm procurado adequar o sistema de proteção a direitos coletivos nacionais à realidade contemporânea, procurou-se demonstrar que o ordenamento jurídico pátrio possui solução alternativa para a questão mediante a utilização, com adaptações, da ação penal privada subsidiária da pública, prevista no texto constitucional, de modo a assegurar os princípios constitucionais e valores como a cidadania e a dignidade da pessoa humana.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAMOVICH, Eduardo Henrique Raymundo Von. **Os belos copos de vinho da vovó? Elementos de História do Processo Coletivo para a solução de alguns problemas supostamente intrincados. Ação Coletiva na visão de Juízes e Procuradores do Trabalho.** São Paulo: Editora LTr, 2006.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEGRE, Sérgio Monte. **Ação Civil Pública, Constituição Federal e legitimidade para agir.** Revista Trimestral de Direito 14/75.

ALMEIDA, Gregório Assagra. **Direito Processual Coletivo Brasileiro – um novo ramo do direito processual.** São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, Marcelo Pereira de. **A efetividade do processo coletivo como garantia à ordem jurídica justa.** In Bases Científicas para um renovado Direito Processual. Org. Athos Gusmão Carneiro e Petrônio Calmon. Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

APPIO, Eduardo. **A Ação Civil Pública no Estado Democrático de Direito.** Curitiba: Juruá, 2007.

ARMELIN, Donaldo. **Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro.** São Paulo: Revista dos tribunais, 1976.

AMORIM, Maria Salete de Souza. **Cidadania e Participação democrática.** Disponível em <[http://www.sociologia.ufsc.br/npms/maria\\_amorim.pdf](http://www.sociologia.ufsc.br/npms/maria_amorim.pdf)>. Acesso em 15.06.2010.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Apontamentos para um estudo sistemático da legitimação extraordinária.** São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 404, junho/1969.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição.** São Paulo: Saraiva, 1996.

\_\_\_\_\_. BARCELLOS, Ana Paula de. **O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito brasileiro.** Disponível em <[http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/.../arti\\_histdirbras.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/.../arti_histdirbras.pdf)> Acesso em 15/05/2010.

BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Texto extraído do Informativo Migalhas, disponível em <[www.migalhas.com.br](http://www.migalhas.com.br)>. Acesso em 14/03/2009.

BENASSE, Marcos Antonio. BENASSE, Maria Cristina Kunze dos Santos. **As ações Coletivas: Panorama histórico e a ação civil pública como instrumento de economia processual e acesso à justiça.**

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição,** 7ªed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988/2002.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **O Ministério Público e a Lei da Ação civil Pública – dez anos na defesa dos interesses difusos e coletivos.** Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Vol. 2.

CARVALHO, Eduardo Santos de. **Ação Civil pública: instrumento para a implementação de prestações estatais positivas.** Revista do Ministério Público. Rio de Janeiro, 20, 2004.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil – O longo caminho.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008.

COGGIOLA, Osvaldo. **Cidadania Política.** In **História da Cidadania.** PINSKY, Jaime. PINSKY, Carla Bassanezi. Organizadores. **História da Cidadania.** São Paulo: Contexto, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 2004.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Aristóteles – filosofia do Homem – Ética e Política.** Disponível em <<http://www.hottopos.com/rih8/pfc.htm>> acesso em 15.05.2010.

DALLARI, Dalmo. **Cidadania e sua história.** Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sos/textos/historia.htm>>. Acesso em 04.06.2010.

DIDIER JUNIOR, Fredie. ZANETTI, Hermes. **Curso de direito Processual Civil - Processo Coletivo.** Salvador: Edições Juspodivm, 2007.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **O controle jurisdicional da legitimação coletiva e as ações coletivas passivas ( o art. 82 do CPC).** In **Processo Civil Coletivo.** Coordenação Rodrigo Mazzei e Rita Dias Nolasco. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

DINAMARCO, Candido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** São Paulo: Malheiros, 1998.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos do Processo Civil moderno.** Vol.1 São Paulo: Malheiros, 2000.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERRARESI, Eurico, **Ação popular, Ação Civil Pública e Mandado de Segurança Coletivo. Instrumentos Processuais Coletivos.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FUNARI, Pedro Paulo. PINSKY, Jaime. PINSKY, Carla Bassanezi. Organizadores. **História da Cidadania.** São Paulo: Contexto, 2008.

GIDI, Antonio. **Las acciones Colectivas en Estados Unidos.** In Procesos Colectivos – La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales em uma perspectiva comparada. México: Editorial Porrúa, 2004.

GUARINELLO, Norberto Luiz. In **História da Cidadania.** PINSKY, Jaime. PINSKY, Carla Bassanezi. Organizadores. **História da Cidadania.** São Paulo: Contexto, 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.** Coordenação: Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **O poder judiciário e a administração dos conflitos sociais.** Revista do Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo: 1994b

\_\_\_\_\_. **Ações ambientais de hoje e de amanhã.** In: Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade.** Vol. I. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

KARMAL, Leandro. **Revolução Americana.** In **História da Cidadania.** PINSKY, Jaime. PINSKY, Carla Bassanezi. (Orgs.). **História da Cidadania.** São Paulo: Contexto, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução: João Baptista Machado. São Paulo: Martins fontes, 1999.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual Do Trabalho,** 5ª ed. São Paulo: Editora LTr, 2007.

\_\_\_\_\_. **A Ação civil pública e a tutela dos interesses individuais homogêneos dos trabalhadores em condições de escravidão.** In Processo Civil Coletivo. Coord. Mazzei, Rodrigo e Nolasco, Rita Dias. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil.** Vol. 1, 4ª. ed. Rio de Janeiro:Forense, 1984.

LUCA, Tania Regina de. **Trabalhadores.** Direitos Sociais no Brasil. In **História da Cidadania.** PINSKY, Jaime. PINSKY, Carla Bassanezi. Organizadores. **História da Cidadania.** São Paulo: Contexto, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Carmago. **Interesses difusos – Conceito e legitimação para agir**. 5ª ed. rev. e atual. – São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. **Ação Popular**. Revista de Processo, vol. 27.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

\_\_\_\_\_. **Do processo civil clássico à noção de direito à tutela adequada ao direito material e à realidade social**. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5046>>. Acesso em 30.06.2010.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **A importância da Ação Civil Pública no âmbito Trabalhista**. Disponível [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_25/artigos/Art\\_MinistroIves.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_25/artigos/Art_MinistroIves.htm)>. Acesso em 25/05/2008.

\_\_\_\_\_. **Processo Coletivo do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: Visão Geral e pontos sensíveis**. In Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

\_\_\_\_\_. **O Código Modelo de Processos Coletivos do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual**. Disponível na internet em [www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br). Acesso em 15/03/2010.

\_\_\_\_\_. **A estrutura do Código modelo de Processos Coletivos para os países Ibero-Americanos e o objeto da Ação Coletiva**. Processo Civil Coletivo. MAZZEI, Rodrigo. NOLASCO, Rita Dias. (Coordenadores). São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

MONDAINI, Marco. In **História da Cidadania**. PINSKY, Jaime. PINSKY, Carla Bassanezi. (Orgs.). **História da Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2008.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Editora LTr, 2007.

ODALIA, Nilo. **Revolução Francesa – A liberdade como meta coletiva**. In **História da Cidadania**. PINSKY, Jaime. PINSKY, Carla Bassanezi. (Orgs.). **História da Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2008.

OST, François. **Júpiter, Hércules, Hermes: Tres modelos de Juez.** In: Doxa, nº 14, 1993. Disponível em [http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14\\_11.pdf](http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01360629872570728587891/cuaderno14/doxa14_11.pdf)

PRADO JUNIOR, Caio. **Evolução Política do Brasil - Colônia e Império.** São Paulo: Brasiliense, 2001.

PINHEIRO, Joriza Magalhães. **Ação civil pública como instrumento de participação.** Themis : Revista da ESMEC, Fortaleza, v. 4 , n. 1, p. 197-204, jan./jun. 2006. Disponível em: <[http://www.tj.ce.gov.br/esmec/pdf/THEMIS-V4-N1\\_atual.pdf](http://www.tj.ce.gov.br/esmec/pdf/THEMIS-V4-N1_atual.pdf)>. Acesso em: 14/05/2009.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. **A legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações civis públicas: primeiras impressões e questões controvertidas.** Disponível em <[www.humbertodalla.pro.br/.../a\\_legitimidade\\_da\\_dp\\_para\\_propor\\_acp.PDF](http://www.humbertodalla.pro.br/.../a_legitimidade_da_dp_para_propor_acp.PDF)>. Acesso em 17.08.2009.

\_\_\_\_\_. **A natureza jurídica do direito individual homogêneo e a sua tutela pelo Ministério Público como forma de acesso à justiça.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. **A mediação e a solução dos conflitos no Estado Democrático de Direito. O “Juiz Hermes” e a nova dimensão da função jurisdicional.** Disponível em <<http://www.humbertodalla.pro.br/>>. Acesso em 30.06.2010.

PINSKY, Jaime. PINSKY, Carla Bassanezi. (Orgs.). **História da Cidadania.** São Paulo: Contexto, 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

ROBORTELLA, Luiz Carlos de Amorim. **Ação Civil Pública. II Ciclo de Estudos de Direito do Trabalho.** Foz do Iguaçu. Escola Nacional de Magistratura e Instituto dos Advogados de São Paulo. 1995.

ROCHA, Luciano Velasque. **Ações Coletivas – O problema da Legitimidade para agir.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SAAD, Eduardo Gabriel. **A ação civil pública na justiça do trabalho. Processo do Trabalho.** Estudos em homenagem ao Professor José Augusto Rodrigues Pinto. Coord. Rodolfo Pamplona Filho. São Paulo: Editora LTr, 1997.

SAES, Décio Azevedo Marques de. **A questão da evolução da cidadania política no Brasil.** Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-40142001000200021](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142001000200021)>. Acesso em 15/06/2010.

SAKO, Emilia Simeão Albino. **Ações coletivas no Processo do Trabalho: instrumentos de realização dos ideais de acesso às tutelas jurídicas e jurisdicionais,** Revista LTr nº 69. São Paulo: Editora LTr., 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice**. O social e político na pós-modernidade. 12ª ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SANTOS, Ronaldo Lima. **Amplitude da coisa julgada nas ações coletivas** in Ação Coletiva na Visão de Juízes de Procuradores do Trabalho. São Paulo: Editora LTr, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, Luis Virgílio da. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**, in Paulo Bonavides (org.) Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais, Belo Horizonte: Del Rey, jan-jun/2003.

SINGER, Paul. **Direitos Sociais. A cidadania para todos**. In **História da Cidadania**. PINSKY, Jaime. PINSKY, Carla Bassanezi. (Orgs.). **História da Cidadania**. São Paulo: Contexto, 2008.

TRAYNOR, Michael. et al. **Aggregate Litigation** Principles of the Law. The American Law Institute. St. Paul, MN: American Law Institute Publishers, 2010.

VIANNA, Francisco José de Oliveira. **Instituições Políticas Brasileiras**. Vol. 1. Rio de Janeiro: José Olympio, 1949.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à Justiça e sociedade moderna. Participação e processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

\_\_\_\_\_. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor – Comentado pelos autores do anteprojeto**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

\_\_\_\_\_. **Os processos coletivos nos países de civil Law e common Law – uma análise de direito comparado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo – Tutela de Direitos coletivos e tutela coletiva de Direitos**. 4ª ed. Ver. E atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

ANEXO

## **ANEXO 01 – Projeto de Lei 5.139/2009**

### **PROJETO DE LEI**

Disciplina a ação civil pública e as demais ações coletivas para a tutela de interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos dá outras providências.

**O CONGRESSO NACIONAL** decreta:

#### **CAPÍTULO I**

#### **DISPOSIÇÕES GERAIS**

Art. 1º. Regem-se pelas disposições desta Lei as ações civis públicas destinadas à proteção:

I – do meio ambiente, da saúde, da educação, do trabalho, do desporto, da segurança pública, dos transportes coletivos, da assistência jurídica integral e da prestação de serviços públicos;

II - do consumidor, do idoso, da infância e juventude, e das pessoas portadoras de deficiência;

III – da ordem social, econômica, urbanística, financeira, da economia popular, da livre concorrência, do patrimônio público e do erário;

IV - dos bens e direitos de valor artístico, cultural, estético, histórico, turístico e paisagístico; e

V –outros interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

§ 1º Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos concessões, revisão ou reajuste de benefícios previdenciários ou assistenciais, contribuições previdenciárias, o Fundo de garantia por Tempo de Serviço – FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.

§ 2º Aplicam-se as disposições desta Lei às ações coletivas destinadas à proteção de interesses ou direitos difusos, coletivos ou individualmente homogêneos.

Art. 2º. A tutela coletiva abrange os interesses ou direitos:

I- difusos, assim entendidos os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato;

II - coletivos em sentido estrito, assim entendidos 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 - individuais homogêneos, assim entendidos aqueles decorrentes de origem comum, de fato ou de direito, que recomendem tutela conjunta a ser aferida por critérios como facilitação do acesso à Justiça, economia processual, preservação da isonomia processual, segurança jurídica ou dificuldade na formação do litisconsórcio.

§1º. A tutela dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos presume-se de relevância social, política, econômica ou jurídica.

§2º. A análise da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo poderá ser argüida



incidentalmente, como questão prejudicial, pela via do controle difuso.

## **CAPÍTULO II**

### **DOS PRINCÍPIOS DO PROCESSO CIVIL COLETIVO**

Art. 3º. O processo civil coletivo rege-se pelos seguintes princípios:

- I – amplo acesso à justiça e participação social;
- II – duração razoável do processo, com prioridade no seu processamento em todas as instâncias;
- III – isonomia, economia processual, flexibilidade procedimental e máxima eficácia;
- IV – tutela coletiva adequada, com efetiva precaução, prevenção e reparação dos danos materiais e morais, individuais e coletivos, bem como punição pelo enriquecimento ilícito;
- V – motivação específica de todas as decisões judiciais, notadamente quanto aos conceitos indeterminados;
- VI – publicidade e divulgação ampla dos atos processuais que interessem à comunidade;
- VII – dever de colaboração de todos, inclusive pessoas jurídicas públicas e privadas, na produção das provas, no cumprimento das decisões judiciais e na efetividade da tutela coletiva;
- VIII – exigência permanente de boa-fé lealdade e responsabilidade das partes, dos procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo; e
- IX – boa fé e responsabilidade das partes, procuradores e demais sujeitos que atuam no processo coletivo;
- X – preferência da execução coletiva;

## **CAPÍTULO III**

### **DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E DAS CONDIÇÃO DA AÇÃO COLETIVA**

Art. 4º. É competente para a causa o foro do local onde ocorreu ou deva ocorrer o dano ou ilícito, aplicando-se as regras de prevenção e da competência absoluta.

§ 1º Se a extensão do dano atingir a área da capital do Estado, será esta a competente; se também atingir a área do Distrito federal será este o competente, concorrentemente com os foros das capitais atingidas.

§ 2º A extensão do dano será aferida, em princípio, conforme indicado na petição inicial.

§ 3º Havendo, no foro competente, juízos especializados em razão da matéria e juízos especializados em ações coletivas, aqueles prevalecerão sobre estes.

Art. 5º. A distribuição de uma ação coletiva induzirá litispendência para as demais ações coletivas que tenham o mesmo pedido, causa de pedir e interessados e prevenirá a competência do juízo para todas as demais ações coletivas posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto, ainda que diferentes os legitimados coletivos, quando houver:

- I – conexão, pela identidade de pedido ou causa de pedir, ainda que diferentes os legitimados;
- II – conexão probatória; ou
- III – continência, pela identidade de interessados e causa de pedir, quando o pedido de uma das ações for mais abrangente do que o das demais.

§ 1º. Na análise da identidade da causa de pedir e do objeto, será preponderantemente considerado o bem jurídico a ser protegido.

§ 2º. Na hipótese de litispendência, conexão ou continência entre ações coletivas que digam respeito ao mesmo bem jurídico, a reunião dos processos somente poderá ocorrer até o julgamento em primeiro grau.

§ 3º Iniciada a instrução, a reunião dos processos somente poderá ser determinada se não houver prejuízo para a duração razoável do processo.

Art. 6º São legitimados concorrentemente para propor a ação coletiva:

I - o Ministério Público;

II - A Defensoria Pública;

III – a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias, fundações públicas, empresas públicas, sociedade de economia mista, bem como seus órgãos despersonalizados que tenham como finalidades institucionais a defesa dos interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos;

IV – A Ordem dos Advogados do Brasil, inclusive as suas seções e subseções;

V - as entidades sindicais e de fiscalização do exercício das profissões, restritas as primeiras à defesa dos interesses e direitos difusos, coletivos e individuais ligados à categoria;

VI - os partidos políticos com representação no Congresso Nacional, nas Assembleias Legislativas ou nas Câmaras Municipais, conforme o âmbito do objeto da demanda, a ser verificado quando do ajuizamento da ação;e

VII - as associações civis e as fundações de direito privado legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano, para a defesa de interesses ou direitos relacionados com seus fins institucionais, dispensadas a autorização assemblear ou pessoal e a apresentação do rol nominal dos associados ou membros.

§1º. O juiz poderá dispensar o requisito da pré-constituição de um ano das associações civis e das fundações de direito privado quando haja manifesto interesse social evidenciado pelas características do dano ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

§2º. O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da ordem jurídica.

§ 3º. Admitir-se-á o litisconsórcio facultativo entre os legitimados, inclusive entre os ramos do Ministério Público e da Defensoria Pública.

§ 4º As pessoas jurídicas de direito público, cujos atos sejam objeto de impugnação, poderão abster-se de contestar o pedido, ou atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

Art. 7º. É vedada a intervenção de terceiros nas ações coletivas, ressalvada a possibilidade de qualquer legitimado coletivo habilitar-se como assistente litisconsorcial em qualquer dos pólos da demanda.

§1º A apreciação do pedido de assistência far-se-á em autos apartados, sem suspensão do feito, salvo quando implicar deslocamento de competência, recebendo o interveniente o processo no estado em que se encontre.

§ 2º. O juiz rejeitará liminarmente o pedido de habilitação como assistente, do membro do grupo, na ação em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, quando o interessado não demonstrar, de plano, razões de fato ou de direito que assegurem utilidade à tutela coletiva e justifiquem a sua intervenção, podendo o juiz limitar o número de assistentes, quando este comprometer o bom andamento e a duração razoável do processo.

§ 3º. As pretensões individuais, na fase de conhecimento do processo coletivo, somente poderão ser discutidas e decididas de modo coletivo, facultando-se o agrupamento em subclasses ou grupos.

Art. 8º Ocorrendo desistência infundada, abandono da ação coletiva, ou não interposição do recurso de apelação, no caso de sentença de extinção ou improcedência do pedido, serão intimados pessoalmente o Ministério Público

e, quando for o caso, a Defensoria Pública, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social, podendo qualquer legitimado assumir a titularidade, no prazo de quinze dias.

Art. 9º Não haverá a extinção do processo coletivo, por ausência das condições da ação ou pressupostos processuais, sem que seja dada oportunidade de correção do vício em qualquer tempo ou grau de jurisdição ordinária ou extraordinária, inclusive com a substituição do autor coletivo, quando serão intimados pessoalmente o Ministério Público e, quando for o caso, a Defensoria Pública, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social, podendo qualquer legitimado adotar as providências cabíveis, em prazo razoável, a ser fixado pelo juiz.

## CAPÍTULO IV

### DO PROCEDIMENTO

Art. 10 A ação coletiva de conhecimento seguirá o rito ordinário estabelecido na Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, obedecidas as modificações previstas nesta Lei.

§ 1º Até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá adequar as fases e atos processuais às especificidades do conflito, de modo a conferir maior efetividade à tutela do bem jurídico coletivo, garantindo o contraditório e ampla defesa.

§ 2º A inicial deverá ser instruída com comprovante de consulta ao cadastro nacional de processos coletivos, de que trata o **caput** do art. 53 desta Lei, sobre a inexistência de ação coletiva que verse sobre bem jurídico correspondente.

§ 3º Incumbe à serventia judicial verificar a informação constante da consulta, certificando nos autos antes da conclusão ao juiz.

Art. 11 Nas ações coletivas, para instruir a inicial o interessado poderá requerer de qualquer pessoa, física ou jurídica, indicando a finalidade, as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo quinze dias.

§ 1º. Não fornecidas as certidões e informações referidas no **caput**, poderá a parte propor a ação desacompanhada destas, facultando ao juiz, após apreciar os motivos do não fornecimento, requisitá-las.

§ 2º A recusa, o retardamento ou a omissão, injustificados, de dados técnicos ou informações indispensáveis à propositura da ação coletiva, quando requisitados pelo juiz, implicará o pagamento de multa de dez a cem salários mínimos.

Art. 12 Sendo inestimável o valor dos direitos ou danos coletivos, o valor da causa será indicado pelo autor, segundo critério de razoabilidade, com a fixação em definitivo pelo juiz em saneamento ou na sentença.

Art. 13 Estando em teros a petição inicial, o juiz ordenará a citação do réu e, em se tratando de interesses ou direitos individuais homogêneos, intimação do Ministério Público e da Defensoria Pública, bem como a comunicação dos interessados, titulares dos respectivos interesses ou direitos objeto da ação coletiva, para que possam exercer, até a publicação da sentença, o seu direito de exclusão em relação ao processo coletivo, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social.

Art. 14 O juiz fixará o prazo para a resposta nas ações coletivas, que não poderá ser inferior a quinze dias ou superior a sessenta dias, atendendo à complexidade da causa ou ao número de litigantes.

Parágrafo único. À Fazenda Pública aplicam-se os prazos previstos na Lei nº 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil.

Art. 15 A citação válida nas ações coletivas interrompe o prazo de prescrição das pretensões individuais direta ou indiretamente relacionadas com a controvérsia, desde a distribuição até o final do processo coletivo, ainda que haja extinção do processo sem resolução do mérito.

Art. 16 Nas ações coletivas, a requerimento do autor, até o momento da prolação da sentença, o juiz poderá permitir a alteração do pedido ou da causa de pedir, desde que realizada de boa-fé e que não importe prejuízo para a parte contrária, devendo ser preservado o contraditório, mediante a possibilidade de manifestação do réu, no prazo mínimo de quinze dias, facultada prova complementar.

Art. 17 Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, o juiz poderá, independentemente de pedido do autor, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida.

§ 1º Atendidos os requisitos do caput a tutela poderá ser antecipada sem audiência da parte contrária, em medida liminar ou após a justificação prévia.

§2º A tutela antecipada também poderá ser concedida após a resposta do réu, durante ou depois da instrução probatória, se o juiz se convencer de que há abuso do direito de defesa, manifesto propósito protelatório ou quando houver parcela incontroversa do pedido.

Art. 18 se não houver necessidade de audiência de instrução e julgamento, de acordo com a natureza do pedido e as provas documentais apresentadas pelas partes ou requisitadas pelo juiz, observado o contraditório, simultâneo ou sucessivo, a lide será julgada imediatamente.

Art. 19 Não sendo o caso de julgamento antecipado, encerrada a fase postulatória, o juiz designará audiência preliminar, à qual comparecerão as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir.

§ 1º O juiz ouvirá as partes sobre os motivos e fundamentos da demanda e tentará a conciliação, sem prejuízo de outras formas adequadas de solução do conflito, como a mediação, a arbitragem e a avaliação neutra de terceiro, observada a natureza disponível do direito em discussão.

§ 2º A avaliação neutra de terceiro, de confiança das partes, obtida no prazo fixado pelo juiz, é sigilosa, inclusive para este, e não vinculante para as partes, tendo por finalidade exclusiva orientá-las na tentativa de composição amigável do conflito.

§ 3º Quando indisponível o bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação.

§ 4º. Obtida a transação, será ela homologada por sentença, que constituirá título executivo judicial.

Art. 20 Não obtida a conciliação ou quando, por qualquer motivo, não for utilizado outro meio de solução do conflito, o juiz, fundamentadamente:

I – decidirá se o processo tem condições de prosseguir na forma coletiva;

II – poderá separar os pedidos em ações coletivas distintas, voltadas à tutela dos interesses ou direitos difusos e coletivos, de um lado, e dos individuais homogêneos, do outro, desde que a separação represente economia processual ou facilite a condução do processo;

III – fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas;

IV - distribuirá a responsabilidade pela produção da prova, levando em conta os conhecimentos técnicos ou informações específicas sobre os fatos detidos pelas partes ou segundo a maior facilidade em sua demonstração;

V - poderá ainda distribuir essa responsabilidade segundo os critérios previamente ajustados pelas partes, desde que esse acordo não torne excessivamente difícil a defesa do direito de uma delas.

VI – poderá, a todo momento, rever o critério de distribuição da responsabilidade da produção da prova, diante de fatos novos, observado o contraditório e a ampla defesa.

VII - esclarecerá as partes sobre a distribuição do ônus da prova; e

VIII – poderá determinar de ofício a produção de provas, observado o contraditório.

Art. 21. Em sendo necessária a realização de prova pericial requerida pelo legitimado ou determinada de ofício,

o juiz nomeará o perito.

Parágrafo único. Não havendo servidor público do Poder Judiciário apto a desempenhar a função pericial, competirá a este Poder remunerar o trabalho do perito judicial, após a devida requisição judicial.

Art. 22 Em qualquer tempo e grau do procedimento, o juiz ou tribunal poderá submeter a questão objeto da ação coletiva a audiências públicas, ouvindo especialistas no assunto e membros da sociedade, de modo a garantir a mais ampla participação social possível e a adequada cognição judicial.

## **CAPÍTULO V**

### **DAS TÉCNICAS DE TUTELA COLETIVA**

Art. 23 Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por esta Lei, são admissíveis todas as espécies de ações e provimentos capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Art. 24. Na ação que tenha por objeto a imposição de conduta de fazer, de não fazer, ou de entregar coisa, o juiz determinará a prestação ou a abstenção devida, bem como a cessação da atividade nociva, em prazo razoável, sob pena de cominação de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogatórias, independentemente de requerimento do autor.

§ 1º. A conversão em perdas e danos somente será admissível se inviável a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente e, no caso de interesses ou direitos coletivos ou individuais homogêneos, se houver interesse do grupo titular do direito.

§ 2º. A indenização por perdas e danos far-se-á sem prejuízo da multa, quando cabível.

Art. 25. Na ação reparatória dos danos provocados ao bem indivisivelmente considerado, sempre que possível e independentemente de pedido do autor, a condenação consistirá na prestação de obrigações específicas, destinadas à reconstituição do bem, mitigação e compensação do dano sofrido.

Parágrafo único. Dependendo das características dos bens jurídicos afetados, da extensão territorial abrangida e de outras circunstâncias, o juiz poderá determinar, em decisão fundamentada e independentemente do pedido do autor, as providências a serem tomadas para a reconstituição dos bens lesados, podendo indicar, entre outras, a realização de atividades tendentes a minimizar a lesão ou a evitar que se repita.

Art. 26. Na ação que tenha por objeto a condenação ao pagamento de quantia em dinheiro, deverá o juiz, sempre que possível, em se tratando de valores a serem individualmente pagos aos prejudicados ou de valores devidos coletivamente, impor a satisfação desta prestação de ofício e independentemente de execução, valendo-se da imposição de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogatórias.

Art. 27 Em razão da gravidade do dano coletivo e da relevância do bem jurídico tutelado e havendo fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ainda que tenha havido o depósito das multas e prestação de caução, poderá o juiz determinar a adoção imediata, no todo ou em parte, das providências contidas no compromisso de ajustamento de conduta ou na sentença.

§ 1º. Quando a execução envolver parcelas ou prestações individuais, sempre que possível o juiz determinará ao réu que promova dentro do prazo fixado o pagamento do valor da dívida, sob pena de multa e de outras medidas indutivas, coercitivas e sub-rogatórias, independentemente de habilitação judicial dos interessados.

§ 2º. Para fiscalizar os atos de liquidação e cumprimento da sentença do processo coletivo poderá o juiz nomear pessoa qualificada, que terá acesso irrestrito ao banco de dados e à documentação necessária ao desempenho da função.

§ 3º. Na sentença condenatória à reparação pelos danos individualmente sofridos, sempre que possível, o juiz fixará o valor da indenização individual devida a cada membro do grupo ou um valor mínimo para a reparação do dano.

§ 4º. Quando o valor dos danos individuais sofridos pelos membros do grupo forem uniformes, prevalentemente uniformes ou puderem ser reduzidos a uma fórmula matemática, a sentença do processo coletivo indicará esses valores, ou a fórmula de cálculo da indenização individual e determinará que o réu promova, no prazo que fixar, o pagamento do valor respectivo a cada um dos membros do grupo.

§ 5º. O membro do grupo que divergir quanto ao valor da indenização individual ou à fórmula para seu cálculo, estabelecidos na liquidação da sentença do processo coletivo, poderá propor ação individual de liquidação, no prazo de um ano, contado do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo.

§ 6º. Se for no interesse do grupo titular do direito, as partes poderão transacionar, após a oitiva do Ministério Público, ressalvada aos membros do grupo, categoria ou classe a faculdade de não concordar com a transação, propondo nesse caso ação individual no prazo de um ano, contado do trânsito em julgado da sentença homologatória, observado o disposto no parágrafo único do artigo 13.

Art. 28 O Juiz poderá impor multa ao órgão, entidade ou pessoa jurídica de direito público ou privado responsável pelo cumprimento da decisão que impôs a obrigação, observados a necessidade de intimação e o contraditório prévio.

Art. 29 Não sendo possível a prolação de sentença condenatória líquida, a condenação poderá ser genérica, fixando a responsabilidade do demandado pelos danos causados e o dever de indenizar.

Art. 30 O juiz poderá, observado o contraditório, desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento dos interesses tratados nesta Lei, houver abuso de direito, excesso de poder, exercício abusivo do dever, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, bem como falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, provocados por má administração.

§ 1º A pedido da parte interessada, o juiz determinará que a efetivação da responsabilidade da pessoa jurídica recaia sobre o acionista controlador, o sócio majoritário, os sócios gerentes, os administradores societários, as sociedades que a integram, no caso de grupo societário, ou outros responsáveis que exerçam de fato a administração da empresa.

§ 2º A desconsideração da personalidade jurídica poderá ser efetivada em qualquer tempo ou grau de jurisdição, inclusive nas fases de liquidação e execução.

§ 3º Se o réu houver sido declarado falido, o administrador judicial será intimado a informar a existência de seguro de responsabilidade, facultando-se, em caso afirmativo, o ajuizamento de ação de indenização diretamente contra o segurador, vedada a denúncia da lide ao Instituto de Resseguros do Brasil e dispensado o litisconsórcio obrigatório com este.

## **CAPÍTULO VI**

### **DOS RECURSOS, DA COISA JULGADA COLETIVA E DA RELAÇÃO ENTRE DEMANDAS COLETIVAS E INDIVIDUAIS**

Art. 31 Os recursos interpostos nas ações coletivas serão recebidos no efeito meramente devolutivo, salvo quando sua fundamentação for relevante e da decisão puder resultar lesão grave e de difícil reparação, hipótese em que o juiz, a requerimento do interessado, ponderando os valores em questão, poderá atribuir-lhe o efeito suspensivo.

Art. 32. A no processo coletivo fará coisa julgada *erga omnes*, independentemente da competência territorial do órgão prolator ou do domicílio dos interessados.

Art. 33 Se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, qualquer legitimado poderá ajuizar outra ação coletiva, com idêntico fundamento, valendo-se de nova prova.

Art. 34 Os efeitos da coisa julgada coletiva na tutela de direitos individuais homogêneos não prejudicarão os direitos individuais dos integrantes do grupo, categoria ou classe, que poderão propor ações individuais em sua tutela.

§1º Não serão admitidas novas demandas individuais relacionadas com interesses ou direitos individuais homogêneos, quando em ação coletiva houver julgamento de improcedência em matéria exclusivamente de direito, sendo extintos os processos individuais anteriormente ajuizados.

§ 2º Quando a matéria em ação coletiva for de fato e de direito, aplica-se à questão de direito o disposto no §1º e à questão de fato o previsto no **caput** e no § 6º do art. 37.

§ 3º Os membros do grupo que não tiverem sido devidamente comunicados do ajuizamento da ação coletiva, ou que tenham exercido tempestivamente o direito à exclusão, não serão afetados pelos efeitos da coisa julgada previstos nos §§ 1º e 2º.

§ 4º A alegação de falta de comunicação prevista no § 3º incumbe ao membro do grupo, mas o demandado da ação coletiva terá o ônus de comprovar a comunicação.

Art. 35 No caso de extinção dos processos individuais como efeito da decisão prolatada em ações coletivas, não haverá condenação ao pagamento de novas despesas processuais, custas honorários, salvo a atuação de má-fé do demandante.

Art. 36 Nas ações coletivas que tenham por objeto interesses ou direitos difusos ou coletivos, as vítimas e seus sucessores poderão proceder à liquidação e ao cumprimento da sentença, quando procedente o pedido.

Parágrafo único. Aplica-se a regra **caput** à sentença penal condenatória.

Art. 37 O ajuizamento de ações coletivas não induz litispendência para as ações individuais que tenham objeto correspondente, mas haverá a suspensão destas, até o julgamento da demanda coletiva em primeiro grau de jurisdição.

§ 1º Durante o período de suspensão, poderá o juiz perante o qual foi ajuizada a demanda individual, conceder medidas de urgência.

§ 2º Cabe ao réu, na ação individual, informar o juízo sobre a existência de demanda coletiva que verse sobre idêntico bem jurídico, sob pena de, não o fazendo, o autor individual beneficiar-se da coisa julgada mesmo no caso de o pedido da ação individual ser improcedente, desde que a improcedência esteja fundada em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal.

§ 3º A ação individual somente poderá ter prosseguimento, a pedido do autor, se demonstrada a existência de graves prejuízos decorrentes da suspensão, caso em que não se beneficiará do resultado da demanda coletiva.

§ 4º A suspensão do processo individual perdurará até a prolação da sentença da ação coletiva, facultado ao autor, no caso de procedência desta e decorrido o prazo concedido ao réu para cumprimento da sentença, requerer a conversão da ação individual em liquidação provisória ou em cumprimento provisório da sentença do processo coletivo para apuração ou recebimento do valor ou pretensão a que faz jus.

§ 5º No prazo de noventa dias contados do trânsito em julgado da sentença proferida no processo coletivo, a ação individual suspensa será extinta, salvo se postulada a sua conversão em liquidação ou cumprimento de sentença do processo coletivo.

Art. 38 Na hipótese de sentença de improcedência, fundada na insuficiência de provas produzidas, qualquer legitimado poderá intentar ação revisional, com idêntico fundamento, no prazo de um ano contado do conhecimento geral da descoberta de prova técnica nova, superveniente, que não poderia ser produzida no processo, desde que idônea para mudar seu resultado.

§1º A faculdade prevista no **caput**, nas mesmas condições, fica assegurada ao demandado da ação coletiva com

pedido julgado procedente, caso em que a decisão terá efeitos **ex nunc**.

§2º Para admissibilidade da ação prevista no § 1º, deverá o autor depositar valor a ser arbitrado pelo juiz, que não será inferior a dez por cento do conteúdo econômico da demanda.

Art. 39 A ação rescisória objetivando desconstituir sentença ou acórdão de ação coletiva, cujo pedido tenha sido julgado procedente, deverá ser ajuizada em face do legitimado coletivo que tenha ocupado o pólo ativo originariamente, podendo os demais co-legitimados atuar como assistentes.

Parágrafo único. No caso de ausência de resposta, deverá o Ministério Público, quando legitimado, ocupar o pólo passivo, renovando-se-lhe o prazo para responder.

## CAPÍTULO VII

### DA LIQUIDAÇÃO, EXECUÇÃO E CUMPRIMENTO DE SENTENÇAS COLETIVAS

Art. 40. É competente para a liquidação e execução coletiva o juízo da ação conhecimento ou o foro do local onde se encontrem bens sujeitos à expropriação ou do domicílio do executado.

Parágrafo único. Sempre que possível, a liquidação e a execução serão coletivas, sendo promovidas por qualquer dos legitimados à ação coletiva, pelas vítimas ou por seus sucessores.

Art. 41. É competente para a liquidação e execução individual o foro do processo de conhecimento do domicílio do autor da liquidação ou da execução ou do local onde se encontrem bens sujeitos à expropriação, não havendo prevenção do juízo da ação coletiva originária.

§ 1º. Quando a competência para a liquidação não for do juízo da fase de conhecimento, o executado será intimado, na pessoa do seu procurador, seguindo a execução o procedimento do art. 475-A e seguintes da lei nº 5.869, de 1973 – Código de Processo Civil.

§ 2º. Na hipótese do § 1º o executado será intimado para a execução após a penhora.

Art. 42 Na liquidação da sentença condenatória à reparação dos danos individualmente sofridos, deverão ser provados, tão só, o dano pessoal, o nexo de causalidade e o montante da indenização.

Art. 43 A liquidação da sentença poderá ser dispensada quando a apuração do dano pessoal, do nexo de causalidade e do montante da indenização depender exclusivamente de prova documental, hipótese em que o pedido de execução por quantia certa será acompanhado dos documentos comprobatórios e da memória do cálculo.

Art. 44. Os valores destinados ao pagamento das indenizações individuais serão depositados, preferencialmente, em instituição bancária oficial, abrindo-se conta remunerada e individualizada para cada beneficiário, regendo-se os respectivos saques, pelas normas aplicáveis aos depósitos bancários.

Parágrafo único. Será determinado ao réu, além da ampla divulgação nos meios de comunicação, a comprovação da realização dos depósitos individuais e a notificação aos beneficiários com endereço conhecido.

Art. 45 Em caso de sentença condenatória genérica de danos sofridos por sujeitos indeterminados, decorrido o prazo prescricional das pretensões individuais, poderão os legitimados coletivos, em função da não habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano ou do locupletamento indevido pelo réu, promover a liquidação e execução da indenização pelos danos globalmente sofridos pelos membros do grupo, sem prejuízo do correspondente ao enriquecimento ilícito do réu.

Parágrafo único. No caso de concurso de créditos decorrentes de ações em defesa de interesses ou direitos individuais homogêneos, coletivos e difusos, a preferência com relação ao pagamento será decidida pelo juiz, aplicando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Art. 46 Havendo condenação em pecúnia, inclusive decorrente de dano moral coletivo, originária de ação



coletiva, relacionada com direitos ou interesses difusos, a quantia será depositada em juízo, devendo ser aplicada na recuperação específica dos bens lesados ou em favor da comunidade afetada.

§ 1º O legitimado coletivo, com fiscalização do Ministério Público, deverá adotar as providências para utilização do valor depositado judicialmente, inclusive podendo postular a contratação de terceiros ou o auxílio do Poder Público do local onde ocorreu o dano.

§ 2º Na definição da aplicação da verba referida no **caput**, serão ouvidos em audiência pública, sempre que possível, os membros da comunidade afetada.

## CAPÍTULO X

### DO COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E DO INQUÉRITO CIVIL

Art. 47 Os órgãos públicos legitimados, poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante fixação de deveres e obrigações, com as respectivas multas devidas no caso de descumprimento.

Art.48 O valor da cominação pecuniária deverá ser suficiente e necessário para coibir o descumprimento da medida pactuada.

Parágrafo único. A cominação poderá ser executada imediatamente, sem prejuízo da execução específica.

Art. 49 O compromisso de ajustamento de conduta terá natureza jurídica de transação, com eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade da sua homologação judicial, hipótese em que sua eficácia será de título executivo judicial.

Parágrafo único. Não será admitida transação no compromisso de ajustamento de conduta que verse sobre bem indisponível, salvo quanto ao prazo e ao modo de cumprimento das obrigações assumidas.

Art. 50 A execução coletiva das obrigações fixadas no compromisso de ajustamento de conduta será feita por todos os meios, inclusive mediante intervenção na empresa, quando necessária.

§ 1º Quando o compromisso de ajustamento de conduta contiver obrigações de naturezas diversas, poderá ser ajuizada uma ação coletiva de execução para cada uma das obrigações, sendo as demais pensadas aos autos da primeira execução proposta.

§ 2º Nas hipóteses do § 1º, as execuções coletivas propostas posteriormente poderão ser instruídas com cópias do compromisso de ajustamento de conduta e documentos que o instruem, declaradas autênticas pelo órgão do Ministério Público, da Defensoria Pública ou pelo advogado do exequente coletivo.

§ 3º Qualquer um dos co-legitimados à defesa judicial dos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos poderá propor a ação de execução do compromisso de ajustamento de conduta, mesmo que tomado por outro co-legitimado.

§ 4º Quando o ajustamento abranger interesses ou direitos individuais homogêneos, o indivíduo diretamente interessado poderá solicitar cópia do termo de compromisso de ajustamento de conduta e documentos que o instruem, para a propositura da respectiva ação individual de liquidação ou de execução.

§ 5º Nos casos do § 4º, o indivíduo interessado poderá optar por ajuizar a ação individual de liquidação ou de execução do compromisso de ajustamento de conduta no foro do seu domicílio ou onde se encontrem bens do devedor.

Art. 51. O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a dez dias úteis.

§ 1º O inquérito civil deverá contar com mecanismos de controle interno quanto ao processamento e à adequação da sua instauração.

§ 2º É autorizada a instauração de inquérito civil fundamentado em manifestação anônima, desde que instruída com elementos mínimos de convicção.

Art. 52. Se, depois de esgotadas todas as diligências, o órgão do Ministério Público se convencer da inexistência de fundamento para a propositura da ação coletiva, promoverá o arquivamento dos autos do inquérito civil ou das peças informativas, fazendo-o fundamentadamente, sem prejuízo da atuação dos demais co-legitimados com relação ao mesmo objeto.

§1º. Os autos do inquérito civil ou das peças de informação arquivados serão remetidos ao órgão revisor competente, conforme dispuser o seu regimento, no prazo de até quinze dias, sob pena de se incorrer em falta grave.

§2º. Até que o órgão revisor homologue ou rejeite a promoção de arquivamento, poderão os interessados apresentar razões escritas ou documentos, que serão juntados aos autos do inquérito, anexados ao inquérito civil ou às peças de informação.

§3º. Deixando o órgão revisor de homologar a promoção de arquivamento, no inquérito civil ou peças de informação, designará, desde logo, outro órgão do Ministério Público para o ajuizamento da ação ou a adoção de outras providências cabíveis e manifestação fundamentada.

## **CAPÍTULO IX**

### **DO CADASTRO NACIONAL DE PROCESSOS COLETIVOS E DO CADASTRO NACIONAL DE INQUÉRITOS CIVIS E TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA**

Art. 53. O Conselho Nacional de Justiça organizará e manterá o Cadastro Nacional de Processos Coletivos, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com a existência e o estado das ações coletivas.

§ 1º. Os órgãos judiciários aos quais forem distribuídos processos coletivos remeterão, no prazo de dez dias, cópia da petição inicial, preferencialmente por meio eletrônico, ao Cadastro Nacional de Processos Coletivos.

§ 2º. No prazo de noventa dias, contado da publicação desta Lei, o Conselho Nacional de Justiça, editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional de Processos Coletivos e os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado através da rede mundial de computadores.

§ 3º O regulamento de que trata o § 2º disciplinará a forma pela qual os juízos comunicarão a existência de processos coletivos e os atos processuais mais relevantes sobre o seu andamento, como a concessão de antecipação de tutela, a sentença, o trânsito em julgado, a interposição de recursos e a execução.

Art. 54. O Conselho Nacional do Ministério Público organizará e manterá o Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e de Compromissos de Ajustamento de Conduta, com a finalidade de permitir que os órgãos do Poder Judiciário, os co-legitimados e os interessados tenham amplo acesso às informações relevantes relacionadas com a abertura do inquérito e a existência do compromisso.

§ 1º. Os órgãos legitimados que tiverem tomado compromisso de ajustamento de conduta remeterão, no prazo de dez dias, cópia, preferencialmente por meio eletrônico, ao Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e Compromissos de Ajustamento de Conduta.

§ 2º. O Conselho Nacional do Ministério Público, no prazo de noventa dias, a contar da publicação desta Lei, editará regulamento dispondo sobre o funcionamento do Cadastro Nacional de Inquéritos Cíveis e Compromissos de Ajustamento de Conduta, incluindo a forma de comunicação e os meios adequados a viabilizar o acesso aos dados e seu acompanhamento por qualquer interessado.

## CAPÍTULO X

### DAS DESPESAS, DOS HONORÁRIOS E DOS DANOS PROCESSUAIS

Art. 55 A sentença do processo coletivo condenará o demandado, se vencido, ao pagamento das custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, bem como dos honorários de advogado, calculados sobre a condenação.

§1º Tratando-se de condenação a obrigação específica ou de condenação genérica, os honorários advocatícios serão fixados levando-se em consideração a vantagem obtida para os interessados, a quantidade e qualidade do trabalho desenvolvido pelo advogado e a complexidade da causa.

§2º Os legitimados coletivos não adiantarão custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem serão condenados em honorários de advogados, custas e demais despesas processuais, salvo comprovada má-fé.

Art. 56 O legitimado coletivo somente responde por danos processuais nas hipóteses em que agir com má-fé processual.

Parágrafo único. O litigante de má-fé e os responsáveis pelos respectivos atos, serão solidariamente condenados ao pagamento das despesas processuais, em honorários advocatícios e em até o décuplo das custas, sem prejuízo da responsabilidade por perdas e danos.

## CAPÍTULO XI

### DO PROGRAMA EXTRAJUDICIAL DE PREVENÇÃO OU REPARAÇÃO DE DANOS

Art. 57 O demandado, a qualquer tempo, poderá apresentar em juízo proposta de prevenção ou reparação de danos a interesses ou direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, consistente em programa extrajudicial.

§ 1º O programa poderá ser proposto no curso de ação coletiva ou ainda que não haja processo em andamento, como forma de resolução consensual de controvérsias.

§ 2º O programa objetivará a prestação pecuniária ou a obrigação de fazer, mediante o estabelecimento de procedimentos a serem utilizados no atendimento e satisfação dos interesses e direitos referidos no **caput**.

§ 3º em se tratando de interesses ou direitos individuais homogêneos, o programa estabelecerá sistema de identificação de seus titulares e, na medida do possível deverá envolver o maior número de partes interessadas e afetadas pela demanda.

§ 4º O procedimento poderá compreender as diversas modalidades de métodos alternativos de resolução de conflitos, para possibilitar a satisfação dos interesses e direitos referidos no **caput**, garantidos a neutralidade da condução ou supervisão e o sigilo.

Art. 58 a proposta poderá ser apresentada unilateralmente ou em conjunto com o legitimado ativo, no caso de processo em curso, ou com qualquer legitimado à ação coletiva, no caso de inexistir processo em andamento.

Art. 59 Apresentado o programa, as partes terão o prazo de cento e vinte dias para a negociação, prorrogável por igual período, se houver consentimento de ambas.

Art. 60 O acordo que estabelecer o programa deverá necessariamente ser submetido à homologação judicial, após prévia manifestação do Ministério Público.

Art. 61 A liquidação e execução do programa homologado judicialmente contarão com a supervisão do juiz, que poderá designar auxiliares técnicos, peritos ou observadores para assisti-lo.

## CAPÍTULO XII

### DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 62 Qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público, ou de qualquer outro legitimado, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação coletiva e indicando-lhe os elementos de convicção.

Art. 63 As ações coletivas terão tramitação prioritária sobre as individuais.

Art. 64 A União, os Estados, o Distrito Federal poderão criar júzós e órgãos especializados para o processamento e julgamento de ações coletivas em primeira e segunda instância.

Art. 65 É admissível homologação de sentença estrangeira na tutela dos direitos ou interesses difusos coletivos e individuais homogêneos.

§1º A homologação de sentença estrangeira coletiva deverá ser requerida perante o Superior Tribunal de Justiça pelos legitimados arrolados no art. 6º.

§2º As vítimas ou seus sucessores também poderão utilizar, individualmente, da sentença estrangeira coletiva instância.

Art. 66 As multas administrativas originárias de violações dos direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos reverterão a fundo gerido por conselho federal ou por conselhos estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da sociedade civil, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados e a projetos destinados à prevenção ou reparação dos danos.

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no art. 46, poderá o juiz, após prévia oitiva das partes interessadas, atendidas as especificidades da demanda e o interesse coletivo envolvido, destinar o produto da condenação em dinheiro originária de ação coletiva para o fundo previsto no **caput**.

Art. 67 As disposições desta Lei aplicam-se à ação popular e ao mandado de segurança coletivo, no que não forem incompatíveis com as regras próprias que disciplinam e regulam as referidas ações.

Art. 68 Os dispositivos desta Lei aplicam-se no âmbito das relações de trabalho, ressalvadas as peculiaridades e os princípios informadores do processo trabalhista.

Art. 69 Aplica-se à ação civil pública e às demais ações coletivas, previstas nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições e desde que seja compatível com o sistema de tutela coletiva.

§ 1º À ação civil pública e demais ações coletivas previstas nesta Lei aplica-se ainda o disposto nas Leis nº 4.348, de 26 de junho de 1964, 5.021, de 9 de junho de 1966, 8.437, de 30 de junho de 1992, e 9.494, de 10 de setembro de 1997.

§ 2º A execução por quantia certa das decisões judiciais proferidas contra a Fazenda Pública, na ação civil pública e nas demais ações coletivas de que trata esta Lei, deverá se dar na forma do art. 730 da Lei 5.869, de 1973 – Código de processo Civil.

Art. 70 Esta Lei entra em vigor após cento e oitenta dias contados de sua publicação.

Art. 71 Ficam revogados:

I - a Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985;

II – os arts. 3º a 7º da Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989;

III – o art. 3º da Lei 7.913, de 7 de dezembro de 1989;

IV – os arts. 209 a 213 e 215 a 224 da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990;

V – os arts. 81 a 84, 87,90, 91 a 95, 97 a 100, 103 e 104 da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990;

VI o art. 88 da Lei 8.884, de 11 de junho de 1994;

VII – o art. 7º da Lei 9.008, de 21 de março de 1995, na parte em que altera os arts. 82, 91 e 92 da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990;

VIII – os arts. 2º e 2º-A da Lei 9.494, de 10 de setembro de 1997;

IX – o art. 54 da Lei 10.257, de 10 de julho de 2001;

X – o art. 4º, na parte em que altera o art. 2º-A da Lei nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, e 6º da Medida Provisória nº 2.180-35, de 24 de agosto de 2001;

XI - os arts. 74, inciso I, 80 a 89 e 92, da Lei 10.471, de 1º de outubro de 2003; e

XII – a Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007.

Brasília,