

AÇÕES COLETIVAS

MARIA CRISTINA DE BRITO LIMA
Juíza de Direito do TJ/RJ

1. APRESENTAÇÃO

O presente trabalho trata das ações coletivas, como uma forma de acesso à justiça.

Trar-se-á a lume a questão da participação popular na administração da justiça, representando, no dizer de VITTORIO DENTI, “*um instrumento de garantia, de controle e de transformação*”.

Aliás, essa forma de participação também responde à exigência da legitimação democrática no exercício da jurisdição e às instâncias prementes de educação cívica, conforme bem salienta MAURO CAPPELETTI.

Como se pode notar, a abertura participativa popular permite que o acesso à ordem jurídica justa, no plano processual, concretize-se pelos novos esquemas da legitimação para agir.

Novos conflitos nascem e não seriam suportados quer pela estrutura formalista do processo clássico, quer pelos tribunais sobrecarregados e burocratizados.

Vê-se nascer os conflitos metaindividuais ou pluriindividuais, em que estão inseridas comunidades de pessoas mais ou menos indeterminadas ou de difícil determinação, tendo por objeto bens ou valores espalhados pela coletividade e de natureza indivisível: trata-se dos *interesses ou direitos coletivos ou difusos*.

Esses *interesses ou direitos* podem ser agrupados em pretensões homogêneas por sua origem comum, permitindo que a apreciação do litígio conflituoso possa beneficiar um maior número de pessoas que estejam na mesma situação legitimante.

Nesse plano dos grandes conflitos de índole coletiva, o direito brasileiro debutou com a *Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85)*, que tratou dos interesses difusos e coletivos, de natureza indivisível, atinente ao ambiente e aos consumidores.

Posteriormente, já com a boa experiência inicial, veio a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com os dispositivos relativos ao *Mandado de Segurança Coletivo* (art. 5º, LXX) e às *Ações Coletivas de Associações* (art. 5º, XXI), de *Sindicatos* (art. 8º, III), do *Ministério Público* (art. 129, II) e dos *Índios e suas comunidades e organizações* (art. 232), sem prejuízo de outras titularidades que possam vir a ser estabelecidas em lei (art. 129 § 1º).

Por fim, chega-se ao **Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90)**, que ampliou a abrangência da Ação Civil Pública, e a estendeu à tutela de qualquer interesse difuso ou coletivo. Também criou uma nova ação coletiva, pioneira nos sistemas de *civil law*, para a defesa de direitos subjetivos divisíveis, de ordinário tratados separadamente, mas que podem ser agrupados por sua origem comum.

Em todos esses casos, o direito brasileiro adota a legitimação concorrente e autônoma, permitindo a entes públicos ou organizações associativas a titularidade das ações coletivas, suprindo-se as deficiências organizacionais dos titulares desses interesses, se individualmente considerados, e permitindo um acesso à ordem jurídica justa a diversos níveis da população.

É o Estado assegurando igualdade de oportunidades a seus cidadãos.

2. ASPECTO HISTÓRICO-EVOLUTIVO DO CONCEITO DE INTERESSE: COLETIVO & INDIVIDUAL

Tratar da questão do coletivo & individual exige uma prévia abordagem sobre a sua evolução conceitual.

Por ULPIANO chegou-se a estabelecer “*jus publicum est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim*”.

Logo, os pólos de referência eram o *indivíduo* e o *Estado*. E foi assim que o Direito Positivado restou organizado em dois ramos: *o público e o privado*.

Com o surgimento e o crescimento dos chamados *corpos intermediários*¹, houve o fracionamento do poder estatal, já que esses *corpos intermediários* passaram a desempenhar o papel de freio e contrapeso na partilha do poder.

¹ Definição de MONTESQUIEU para novos focos de poder: os feudos; as grandes corporações; a igreja.

Porém, nos idos da Idade Moderna, esse quadro modificou-se, tomando os *corpos intermediários* novas posições: *a igreja* estabilizou-se nas atividades de ordem espiritual; *o feudalismo* declinou e desapareceu; *as corporações* desapareceram, dragadas pelas revoluções comercial e industrial, substituídas pelos conglomerados econômicos e empresas multinacionais. Mas, ainda que extremamente transformados ou enfraquecidos, os *corpos intermediários* engendraram o *espírito corporativo* (ou corporativismo), representado pelo *anseio dos indivíduos de participar do processo político-econômico*.

Nasceu a consciência do coletivo.

Essa consciência representou assim um *tertium genus*, podendo-se dizer que representou um novo interesse, paralelo ao do público e do privado, *o interesse coletivo*.

Ainda que muitos movimentos contrários ao florescimento do *interesse coletivo* tenham surgido², ele se manteve, atravessando o século e fortalecendo-se cada vez mais, cabendo aqui citar: *os sindicatos, as associações, os trusts, os cartéis, os conglomerados financeiros, os partidos políticos, os grupos de lobbies*.

Para bem retratar esse ponto, MANCUSO (1997:80) ressalta que: “É curioso observar que o indivíduo buscou o grupo como forma de melhor assegurar sua realização pessoal, como também para se proteger; renunciou, assim, a certas vantagens pessoais, em nome dos interesses coletivos sustentados pelo grupo ao qual se filiou, é de se interrogar se hoje não é ele nostálgico de uma sociedade inspirada no espírito libertal-individualista do século passado”.

MAURO CAPPELLETTI (1975:100) também se refere à insuficiência da tradicional dicotomia público-privado, dizendo-a superada, pois, embora sofisticada, não é suficiente para retratar a realidade, que é complexa, muito articulada para a simplista dicotomia tradicional.

Nos dias de hoje, essa dicotomia entre *público e privado* é insuficiente. O *público, o privado e o coletivo* haurem sua significação a partir da síntese dos interesses individuais neles agrupados. Um interesse é metaindividual quando, além de perpassar o círculo de atributividade individual, corresponde à síntese dos valores predominantes num determinado segmento ou categoria social, ou seja, é interesse coletivo de um grupo homogêneo.

² Temia-se que as grandes organizações se reestruturassem e abalasses a estabilidade do Estado.

Assim, cumpre frisar que a divisão do Direito Positivo em *público e privado* não mais significa exclusividade, mas sim predominância.

O Direito Penal, por exemplo, integra o ramo dos Direitos Públicos porque a maioria de suas normas são de natureza cogente, imperativas³.

O Direito Civil, por sua vez, integra o ramo dos Direitos Privados em razão da predominância das normas de natureza privada, embora nele coexistam normas de ordem pública, como as relativas ao direito de família e sucessões.

3. AÇÃO: CONCEITO E CONDIÇÕES (REQUISITOS)

Não se pode falar em *ações coletivas* sem antes falar de *ação e seu conceito*, bem como das condições (requisitos da ação).

Assim, tem-se que “*a ação é o direito subjetivo público, autônomo e abstrato, de provocar o exercício da função jurisdicional sobre determinada lide ou determinada relação ou situação jurídica sujeita pela lei à tutela jurisdicional do Estado*”, esclarecendo-se que a ação é direito subjetivo porque, mediante determinadas *condições*, as chamadas condições da ação, o autor tem o poder de exigir do Estado o exercício de determinada atividade, a atividade jurisdicional; é um direito autônomo, porque é um direito diverso do direito subjetivo material que o autor pretende ver reconhecido em juízo; é um outro direito, com outra essência.

Donde se concluir que o conteúdo do direito de ação é a providência jurisdicional através da qual o juiz compõe a lide ou provê a relação jurídica de direito material que lhe é submetida pelos particulares. O direito de ação é o direito a esta providência jurisdicional.

Acresça-se que a ação não é radicalmente abstrata, no sentido de ser totalmente incondicionada, mas a sua existência depende da verificação de certas condições na relação jurídica material tal como apresentada pelo autor ao juiz, pois somente na concorrência destas condições, que são *condições da ação*, farão jus as partes a um pronunciamento judicial sobre o mérito da causa.

Portanto, como o direito de ação não é condicionado, optou-se por chamar as *condições de requisitos da ação*, sendo eles: *legitimidade, interesse e possibilidade jurídica do pedido*.

³ A imperatividade é um atributo do *jus puniendi* do Estado. Porém, no mesmo estatuto figuram as normas de natureza privada, como aquelas insculpidas no capítulo referente aos crimes contra a honra.

4. OS INTERESSES E SUAS CATEGORIAS

Nesse ponto, já se pode compreender que a dicotomia esmaecida entre o público e o privado, fez florescer a percepção dos interesses em jogo.

Emerge, então, a distinção básica entre *interesse público* (**titular = Estado**) e *interesse privado* (**titular = indivíduo**).

Entretanto, é importante não criar uma idéia de classes distintas e intocáveis de interesses.

A uma, porque o *interesse público* pode alcançar *interesses indisponíveis do indivíduo ou da coletividade*, interesses sociais e até alguns interesses difusos.

A duas, porque há uma categoria intermediária de interesses, que não constituem nem interesse público, nem tipicamente privado.

O *interesse público* pode ser conceituado como o interesse geral da coletividade ou o interesse da coletividade como um todo.

RENATO ALESSI sustenta que o *interesse público* pode ser primário (= ao interesse social, interesse da sociedade ou da coletividade como um todo) ou secundário (= à visão da administração pública, ela define o que é bom para a coletividade, diz-se, então, que é o interesse público abstrato).

Já o *interesse individual* é tido como aquele cuja fruição se esgota no círculo de atuação de seu destinatário. Os *interesses individuais homogêneos*⁴ apresentam-se uniformizados pela origem comum, na sua essência remanesçam individuais. Compreendem os integrantes determinados ou determináveis de grupo, categoria ou classe de pessoas que compartilhem prejuízos divisíveis, oriundos das mesmas circunstâncias de fato.

Nos *interesses individuais homogêneos*, os titulares são determinados ou determináveis e o dano ou a responsabilidade se caracteriza por sua extensão divisível ou individualmente variável.

Como exemplo, pode-se trazer a lume a questão dos compradores de veículos produzidos com o mesmo defeito de série.

Há uma relação jurídica comum subjacente entre os consumidores, mas, o que os liga é antes o fato de que compraram carros do mesmo lote produzido com o mesmo defeito.

Tanto os *interesses individuais homogêneos* como os *difusos* originam de circunstâncias de fato comuns; entretanto, são indeterminados os titulares

⁴ Tratados no art. 81, III, da Lei nº 8.078/90.

de *interesses difusos*, e o objeto de seu interesse é indivisível, enquanto nos *interesses individuais homogêneos* o dano ou a responsabilidade se caracteriza por sua extensão divisível ou individualmente variável, repita-se.

Quanto aos *interesses coletivos*, maior habilidade se requer na conceituação, eis que se apresentam em **três acepções** - 1ª) *interesse pessoal do grupo*; 2ª) *interesse coletivo como soma de interesses individuais* e 3ª) *interesse coletivo como síntese de interesses individuais* -, mas apenas uma delas é efetivamente tida como interesse coletivo.

O *interesse pessoal do grupo* tem conotação bastante restrita, chegando a não ser considerado *interesse propriamente coletivo*. Ele se refere a interesse predominantemente ligado à pessoa jurídica que o compõe, isto é, a interesse direto e pessoal da entidade. Como exemplificação pode-se citar o interesse de uma cooperativa de agricultores em elevar o seu capital social.

O *interesse coletivo como soma de interesses individuais* diz respeito apenas e tão-somente a uma forma, pois pertine a *interesses individuais exercidos em coletivo*. A essência permanece individual.

O *interesse coletivo como síntese de interesses individuais* é o que se pode chamar de verdadeiro *interesse coletivo*, pois se trata de interesses que ultrapassam os limites dos anteriores, é um fenômeno coletivo, ainda que originário dos interesses individuais, os quais se desvanecem para dar lugar a um verdadeiro interesse coletivo, representando um ideal coletivo, uma alma coletiva.

Porém, o *interesse coletivo*, em oposição ao interesse público e ao interesse privado (individual), tornou-se, nos dias atuais, gênero, do qual são espécies: o *interesse coletivo propriamente dito* e o *interesse difuso*.

O *interesse coletivo propriamente dito* aparece como uma entidade geral e abstrata que absorve e ultrapassa a soma de interesses individuais de seus membros.

No que diz respeito aos *interesses difusos*, tem-se que são *interesses ou direitos transindividuais*, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Compreendem grupo menos determinados de pessoas, entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático preciso. São como um conjunto de interesses individuais, de pessoas indetermináveis, unidas por pontos conexos.

Diversos doutrinadores contribuíram para o estudo do tema, conceituando o interesse coletivo, e alguns, ainda, mais especificadamente, o interesse difuso.

Dentre esses, pode-se citar o de PÉRICLES PRADE (1987:57/58), que prega: “*interesses difusos são os titularizados por uma cadeia abstrata de pessoas ligadas por vínculos fáticos exurgidos de alguma circunstancial identidade de situação, passíveis de lesões disseminadas entre todos os titulares*”.

Na opinião de ADA PELLEGRINI GRINOVER (**Novas Tendências**:1984:2), “*os interesses coletivos são tidos como os interesses comuns a uma coletividade de pessoas e apenas a elas, mas ainda repousando sobre um vínculo jurídico que as congrega*”.

VITTORIO DENTI (1978:4) considera coletivos os interesses referíveis a uma comunidade bem definida, ligando-se à idéia de determinação do grupo.

Insta, por fim, trazer à colação a definição de CELSO BASTOS (1981:40), para o qual “*os interesses coletivos dizem respeito ao homem socialmente vinculado, e não ao homem isoladamente considerado*”; “*é o homem enquanto membro de grupos autônomos e juridicamente definidos, tais como o associado de um sindicato, o membro de uma família, o profissional vinculado a uma corporação, o acionista de uma grande sociedade anônima, o condômino de um edifício de apartamentos*”.

5. CARACTERÍSTICAS DOS INTERESSES COLETIVOS E DIFUSOS

As notas caracterizadoras dos *interesses coletivos* são: a) a organização, a fim de que os interesses ganhem a coesão e a identificação necessárias; b) a afetação desses interesses a grupos determinados (ou ao menos determináveis), que serão os seus portadores; c) um vínculo jurídico básico, comum a todos os participantes, conferindo-lhes situação jurídica diferenciada.

Os interesses difusos podem ser: a) tão abrangentes que coincidam com o interesse público (meio ambiente); b) menos abrangentes que o interesse público; c) em conflito com o interesse da coletividade como um todo; d) em conflito com o interesse do Estado, enquanto pessoa jurídica; e) atinentes a grupos que mantêm conflitos entre si.

A diferença entre *interesse individual homogêneo* e *interesse difuso* reside na indivisibilidade do interesse, como por exemplo, a pretensão ao

meio ambiente hígido, posto compartilhado por número indeterminável de pessoas, não pode ser quantificada ou dividida entre os membros da coletividade.

As notas caracterizadoras dos *interesses difusos* são: a) a indeterminação dos sujeitos; b) a indivisibilidade do objeto; c) a intensa conflituosidade; d) a duração efêmera, contingencial.

INTERESSES	GRUPO	DIVISIBILIDADE	ORIGEM
DIFUSOS	INDETERMINÁVEL	INDIVISÍVEIS	SITUAÇÃO DE FATO
COLETIVOS	DETERMINÁVEL	INDIVISÍVEIS	RELAÇÃO JURÍDICA
INDIVIDUAIS HOMOGENEOS	DETERMINÁVEL	DIVISÍVEIS	SITUAÇÃO DE FATO

6. A TUTELA JURISDICIONAL DOS INTERESSES COLETIVOS

A questão da tutela jurisdicional dos interesses coletivos é de delicada e extrema importância.

Considerando os interesses coletivos como um caminho a permitir um acesso mais democrático à justiça, é preciso sejam fixados alguns pontos, a fim de permitir a concreta efetivação da tutela jurisdicional coletiva.

Pontos como a legitimação para agir, os limites da coisa julgada nas demandas coletivas, as espécies de sanções, fazem crer que os novos direitos que ora se implementam têm características muito próprias, sendo de se admitir que o velho e tradicional processo já não comporta os contornos que a sociedade moderna pretende dar à função jurisdicional do Estado.

Assim, inicia-se este capítulo com a abordagem das quatro maiores dificuldades (*reais*) para assegurar o acesso à justiça nos interesses coletivos, na opinião abalizada de MAURO CAPPELLETTI (1976:199/200).

O supramencionado professor destaca quatro dificuldades, a saber:

1^a) *a legitimação*. Da legitimação individual à legitimação por classe. Ação pelo grupo e ação de grupo.

2^a) *o direito de defesa e do contraditório de membro da coletividade não presente em juízo*. O conceito de adequada representatividade e o superamento de uma garantia meramente individualista.

3^a) *o efeito do pronunciamento em matéria de interesse coletivo*.

4^a) *a insuficiência de uma tutela essencialmente repressiva e monetária*.

A seguir, cada uma delas, pormenorizadamente:

6a. *O Problema da Legitimação. O Nascimento do Ideological Plaintiff. Da Legitimação Individual à Legitimação por Classe. Ação pelo Grupo e Ação do Grupo (Verbandsklagen)*

A dificuldade real é aquela que deve ser enfrentada e resolvida justamente por quem aceita conscientemente a premissa de uma necessária e profunda reforma do processo civil, para adequá-lo às supramencionadas transformações radicais e às novas imensas exigências das sociedades contemporâneas.

O problema da legitimação é de grande importância para a questão que se vai abordar.

O processo não pode, em regra, ser aberto por quem não tenha relação com o objeto deduzido em juízo. O requisito de legitimidade deve existir, porém, as *actio popularis* (ou coletivas) representam uma exceção.

E bem acentua CAPPELLETTI que se deve superar essa velha conceituação de legitimação para agir, vez que extremamente individualista, para adequá-la às novas necessidades de tutela coletiva, de caráter metaindividual e coletivo.

Entretanto, permanece necessário que se fixe certos requisitos de legitimidade para agir, mesmo que se deva construir um conceito de legitimação totalmente diverso e novo, consistente numa relação ou conexão ideológica, antes que propriamente jurídica, entre a parte e a relação deduzida em juízo.

E tal exigência se faz em razão da necessidade de se limitar os abusos que poderiam derivar de uma legitimidade indiscriminada para quem poderá agir para a tutela de relacionamentos não propriamente *seus*.

A doutrina tradicional reconhece no titular (ou aquele que se diz titular) da relação jurídica a pessoa legitimada a propor a ação.

O aparecimento das relações essencialmente coletivas ou de grupo, chamadas difusas, torna necessária a superação dessa doutrina por demais individualística.

O aparecimento daquelas relações comporta o aparecimento da parte ideológica, do *ideologic plaintiff* na teoria de Louis Jaffe, que preconiza o autor não só pelo seu interesse jurídico individual, mas no interesse coletivo ou comunitário, de grupo, de classe.

Mas, ainda assim, há de se qualificar o *ideologic plaintiff*, sob pena de se permitirem abusos.

Não há dúvida de que aquele que vai a juízo, em nome de um grupo para a defesa do interesse coletivo, deve ser um bom representante da classe, *uno buon paladino*, seja uma associação, ou mesmo um indivíduo que haja não somente para si, como ator ou parte individualística, mas como representante de uma coletividade.

Porém, impõem-se ainda assim uma seleção de requisitos de legitimidade, por exemplo, o reconhecimento da personalidade jurídica da associação.

Mas, se esse interesse que surge, por ser novo, não encontre o respaldo imediato de uma associação? Diga-se, por exemplo, do interesse da coletividade em se opor à construção de uma fábrica poluente em sua cidade? Não há uma associação pré-constituída para tratar desse interesse. Será que não haveria possibilidade de essa coletividade opor-se juridicamente?

MAURO CAPPELLETTI defende que o problema da nova legitimação para agir, essa legitimação para agir por categorias, por classes, deva admitir uma maior margem de discricionariedade jurídica, que é, no momento atual de conhecimento e experiência da matéria, o único modo de dar solução, com respostas suficientemente realísticas, flexíveis, à imprevisível variedade dos casos concretos.

Deve-se permitir ao juiz, ainda segundo o autor, que possa examinar caso por caso, e segundo as circunstâncias concretas, se o *champion* é o adequado, se as condições são as melhores e se a legitimação é também adequada.

Nesse ponto, estar-se-á inovando e criando um novo acesso à tutela jurisdicional.

Na questão da legitimação para agir, o Direito Brasileiro vem inovando, com consideráveis pontuações feitas por Ministros do Superior Tribunal de Justiça.

Em recente Recurso Especial⁵ interposto perante a 3ª Turma do STJ, o Ministro EDUARDO RIBEIRO proferiu o seguinte voto:

“A Comissão de Representantes dos adquirentes de frações ideais de terreno, vinculadas à construção do Edifício “Mansão Portobello”, ajuizou ação contra Construtora Rodrigues Sá Ltda., pleiteando a

⁵ N° Registro: 92/0031555-0. Pauta: 19.4.94. RESP 00030.181-0/SP, julgado em 30.8.94.

entrega das escrituras definitivas dos imóveis adquiridos. Cumulou pedido de indenização pelo atraso.

Rejeitada a preliminar de ilegitimidade passiva, arguída na defesa, a ré agravou de instrumento.

A Décima Sexta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com base nos arts. 29, parágrafo único e 50 da Lei nº 4.591/64, reconhecendo a legitimidade da autora, negou provimento ao agravo.

Rejeitado o pedido de declaração, a ré manifestou recurso especial, Alegou que contrariado o art. 6º do CPC, por ter o acórdão recorrido reconhecido a legitimidade da autora, inexistindo previsão legal para tanto. Afirmou, ainda, existir divergência com julgado que arrolou. Recurso admitido e processado.

É o relatório.

VOTO

Sustenta-se que violado o disposto no artigo 6º do Código de Processo Civil, ao admitir-se ser dado à Comissão de Representantes, de que cuida o artigo 50 da Lei nº 4.591/64, deduzir em juízo pretensão dos adquirentes das unidades, como substituta processual desses. A norma citada veda a defesa de direito alheio, em nome próprio, salvo com autorização legal. E essa inexistiria, não podendo ser encontrada no citado dispositivo da lei de Condomínios e Incorporações.

Se invocáveis para regular a espécie apenas o CPC e aquela lei especial, ausentes diplomas que ensejassem, com integração dos textos, uma outra interpretação, ter-se-ia séria dificuldade de escapar às rigorosas conclusões do excelente parecer trazido aos autos, elaborado pelo eminente professor ARRUDA ALVIM. Creio, entretanto, que o tema merece ser analisado, tendo em vista a adoção, em nosso direito, das ações coletivas, buscando-se solução harmônica com a orientação que se recomenda após a introdução desses novos instrumentos de solução dos litígios.

Questão análoga à ora em apreciação foi objeto de exame por esta terceira Turma, ao decidir o Resp. nº 10.417, de que fui relator. Naquele caso discutia-se sobre a legitimidade do condomínio, representado pelo síndico, para pleitear indenização em virtude de

vícios de construção que afetavam, não só as partes comuns, como as unidades autônomas. Concluiu-se por tê-lo como parte legítima. Peço vênia para reproduzir trecho do voto que então proferi:

‘Primeiro fundamento do recurso diz com a ilegitimidade ativa do condomínio, para demandar a propósito de defeitos localizados nas unidades autônomas. Sustenta-se que seus proprietários os únicos legitimados, tendo sido violado, pelo acórdão, o disposto no artigo 6º do Código de Processo Civil.’

Prende-se a questão ao sentido que se der ao contido no artigo 22 §1º, “a” da Lei nº 4.591/64, ao estabelecer que cabe ao síndico representar o condomínio em juízo, praticando os atos de defesa dos interesses comuns.

Exegese conservadora da citada norma da lei processual poderia conduzir a que se admitisse houvesse sido contrariada. Inegável a orientação marcadamente individualista do vigente Código, que pouco ou nada levou em conta o fenômeno atual da existência de direitos cuja defesa só é possível ou eficaz quando exercida coletivamente. Poder-se-ia entender que a expressão ‘interesses comuns’ dissesse tão-só com aqueles que, juridicamente tutelados, tivessem caráter transindividual e fosse indivisíveis. Cuidando-se de questões como a posta nos autos, haveriam de referir-se apenas aos danos nas partes comuns.

Creio recomendar-se, entretanto, outra interpretação, que tenha em vista o estágio atual do pensamento jurídico e de nosso ordenamento positivo.

A necessidade de tornar efetivo acesso à Justiça e propiciar eficácia a sua atuação, constitui hoje a grande preocupação dos processualistas e de quantos se dedicam ao direito. Em função dessa tendência atual merece ser entendida a norma citada, contida na Lei de Condomínios. Instrumento adequado a ensejar sejam tais objetivos alcançados encontra-se nas chamadas ações coletivas. Entre elas, além das que alcançaram estatutura constitucional, as previstas na lei da ação civil pública e no Código de Defesa do Consumidor.

Contempla aquele Código três sortes de direitos, suscetíveis de serem tutelados pela via da ação coletiva: os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos. Dos primeiros não há cogitar, interessando-nos os dois últimos.

*Parece-me que, como coletivos, haveriam de ser classificados aqueles direitos, dizendo com o condomínio, que tradicionalmente considera-se possa o síndico defender em Juízo. Indivisíveis, deles são titulares todos os condôminos. Aqueles outros, a cujo propósito se sustenta, no caso em julgamento, a ilegitimidade do condomínio para figurar como parte, apresentam características que ensejam a identificação como individuais homogêneos, nos termos do art. 81, III da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). Poderiam ser defendidos judicialmente pelas entidades de que trata o inciso IV do artigo 82 da mesma Lei. Uma associação dos condôminos, constituída para o fim específico de tratar dos direitos de seus integrantes, no que dissesse respeito às relações comuns a todos, por força da circunstância de terem propriedade em condomínio, estaria autorizada a litigar, como substituta processual, representando os direitos individuais dos associados, no que dificilmente algum deles poderá ignorar o ajuizamento da ação. Mesmo porque certamente serão convocados para arcar com os respectivos custos. À falta de norma específica, não se poderá negar, a qualquer deles, o direito de manifestar em Juízo seu dissenso, subtraindo-se aos efeitos da sentença, favoráveis ou desfavoráveis, à semelhança do **right to opt out** próprio das **class actions** do direito americano. Abstendo-se de fazê-lo, a coisa julgada a todos atingirá, por todos assumindo o risco do julgamento de improcedência.”*

“Creio que a mesma solução pode ser dada na espécie. A hipótese é de direitos individuais homogêneos que propiciam a defesa coletiva. Tal como no julgado acima, poderiam os adquirentes das unidades constituir associação apta a fazê-lo, deduzindo judicialmente a pretensão. Melhor que se reconheça a legitimidade da Comissão de Representantes, prevista em lei, e que cuida dos interesses de todos, junto a construtor e incorporador. Interpretada a lei de acordo com

o contexto normativo em que está inserida, lícito dar-lhe maior abrangência, compreendendo também hipótese como a dos autos. Pelos motivos expostos, entendo que o acórdão não ofendeu o direito, razão por que conheço do recurso, já que suficientemente demonstrado o dissídio, mas nego-lhe provimento.”

6b. O Problema do Direito de Defesa e do Contraditório dos Membros da Coletividade não Presentes em Juízo: O Conceito de Adequada Representatividade e a Superação de uma Garantia Meramente Individualística

A garantia processual é o segundo problema real da tutela coletiva.

Quem é membro de um grupo ou de uma coletividade cujo interesse está sendo tutelado em juízo, por determinado indivíduo ou associação, pode sofrer graves problemas de garantia processual. Aparece de logo o problema do contraditório e ele então poderá vir a sofrer as conseqüências de uma certa decisão, sem talvez ter sido ouvido.

O que acontecerá com o direito individual de defesa, ou o direito do contraditório, e o *right to be heard*?

Na Itália tal não ocorria ante o direito constitucional da defesa e do contraditório, tendo o titular o direito de ser ouvido, sob pena de não chegar a decisão proferida vir a produzir qualquer efeito.

Porém, tratando-se de ações coletivas e difusas, nas quais freqüentemente está envolvido um número muito grande e talvez materialmente imprecisável de sujeitos (certas *class actions* americanas envolveram vários milhões de *absents parties*), impor uma estreita observância da garantia do contraditório significaria tornar praticamente impossível a tutela judiciária daquelas ações: impossibilidade material de identificar todas as partes ausentes e notificar a todas os atos do juízo e de permitir a todas uma efetiva participação na ação.

Mas isso não pode significar a eliminação de toda e qualquer garantia processual legítima, devendo ser oferecido um novo tipo de garantia, isto é, aquele que possa oferecer garantias suficientes não somente aos indivíduos, mas ao próprio Estado, em processos de dicotomia pública/privada, aos grupos e também a estas novas, múltiplas sociedades intermédias, não regimentáveis, embora extremamente importantes e que caracterizam as presentes gerações.

6c. O Problema dos Efeitos da Pronúncia, no que diz Respeito às Partes Ausentes. Crítica da Doutrina que Gostaria de Estender os Efeitos Secundum Eventum Litis

Os efeitos das pronúncias serão próprios das partes em juízo ou também das partes ausentes? E portanto, potencialmente para inteiras categorias vagamente determinadas de sujeitos (por exemplo certas *class actions*, os cidadãos de raça negra ou consumidores de certos produtos)?

Segundo VITTORIO DENTI, deve-se recorrer à idéia dos efeitos *secundum eventum litis*: se favorável a decisão, vale para todos, para todo o grupo ou categoria; em caso contrário, cada um poderá intentar nova ação.

Porém, CAPPELLETTI entende que não se deva aplicar essa solução, mas sim uma flexível e adequada representatividade. Não se deve distinguir uma sentença favorável de uma desfavorável. Nesta forma de garantia, os efeitos devem se estender a todos que são adequadamente representados.

6d. O Problema da Insuficiência de uma Tutela Essencialmente Repressiva e Monetária

Aqui se fala dos tipos de remédios que se possa pedir, ou seja, do tipo de pronúncia e de sanção que se pode obter do juiz.

Este é um problema enorme, pois que se dá conta de que os velhos remédios de caráter repressivo-ressarcitório e monetário não servem mais, representam um tutela inadequada, especialmente no campo desses novos direitos e interesses de grupos, coletivos, freqüentemente não monetizáveis.

O melhor, na opinião de CAPPELLETTI, são os pronunciamentos inibitórios e ordenadores, *injuctions e mandamus*, freqüentemente de caráter preventivo e com fortes e adequadas sanções, mesmo penais, no caso de inobservância.

Aqui deve também surgir um novo juiz, atento ao que se passa, adaptado às novas questões jurídicas e, principalmente, aos novos interesses coletivos, sendo capaz de ultrapassar certos esquemas tradicionais, para aplicar uma gama de poderes ainda desconhecidos, mesmo que discricionariamente. Pensa-se até no juiz participativo, que colhe na opinião pública, ou seja, junto a seus jurisdicionados envolvidos na lide, a melhor solução para o conflito que se lhe põe.

Outro autor que aborda com maestria a questão é o professor português LUÍS FELIPE COLAÇO ANTUNES (1989:100).

Passa-se, agora, a considerar, segundo a ótica do supramencionado professor, *as hipóteses nas quais os particulares e os grupos*

agem e intervêm em juízo em defesa dos interesses pluriindividuais (difusos).

Dois grandes problemas surgem quando a questão aqui é levantada:

1º) *quanto ao caráter político-constitucional;*

2º) *quanto à natureza técnica.*

Quanto ao *caráter político-constitucional*, basta dizer que a utilização do processo para a defesa deste tipo de interesses (*pluriindividuais*) faz imediatamente surgir a questão dos próprios limites da função jurisdicional e a questão do novo papel do juiz em conflitos deste gênero, conforme já evidenciou, acima, MAURO CAPPELLETTI.

No que tange à *natureza técnica*, ressalta-se a questão da legitimação para agir, do tipo de provimento jurisdicional a atingir, a eficácia da sentença e da sua coercibilidade.

A análise desses problemas será feita à luz do direito comparado.

7. A TUTELA DOS INTERESSES DIFUSOS NOS DIREITOS NORTE-AMERICANO, FRANCÊS, ITALIANO E BRASILEIRO

Foi nos Estados Unidos que se iniciou a discussão sobre a possibilidade de tutela jurisdicional dos interesses difusos. E tal se deu em razão da especial importância dada ao meio ambiente.

A particular natureza dos problemas da tutela dos interesses difusos, em particular do ambiente, e a documentada exigência de garantir uma resposta efetiva às exigências sociais de controle das atividades poluidoras, oferecem argumento determinantes aos que militam a favor do alargamento dos poderes judiciais, desde que não exista um limite expressamente previsto pelas normas estatutárias. Entretanto, essa ampliação denotará um controle judicial sobre os poderes administrativos, temendo alguns que os tribunais passem a interpretar o seu papel como se fossem autorizados a interferir nas decisões macroeconômicas, sem ter em conta que existem outros poderes institucionais a quem competem as funções de direção política. Porém, efetivou-se o entendimento de que a jurisprudência delineia-se de forma pluralística, em um sistema de governo aberto, que consente aos juízes e aos cidadãos a participação em um espaço institucional impensável no passado.

8. O SURGIMENTO DAS *CLASS ACTIONS*

No sistema da *common law*, as *class actions* são conhecidas como *qui tam actions* (ou *relator actions*), e têm sido usadas desde o século

XIII, na Inglaterra, onde são tão populares como as demandas privadas dos cidadãos nas cortes reais. Seu objetivo é permitir ao indivíduo ou às associações agirem em assuntos de *public nuisance*, como bem afirma a professora ADA PELLEGRINI GRINOVER, “*sempre que a conduta de alguém possa lesar a saúde ou o bem-estar da coletividade*”.

Todavia, a limitação a elas se impõe com a necessidade de autorização do Ministério Público para a sua propositura, além de restar o exercício do direito ao controle deste. Quantos aos efeitos do pronunciamento jurisdicional, abrangem toda a coletividade que goze da mesma situação legitimante.

Sem dúvida, essa espécie de demanda coletiva guarda um equilíbrio entre a atividade privada e o controle público

Nos Estados Unidos, as *class actions* surgiram pelos idos do século XVII, baseada no *Bill of Peace*, embora pouco usadas até 1986. Durante esse período, poucas pessoas utilizaram-se dessa possibilidade legal, em razão das dificuldades formadas pelo Ato de 1863.

Propriamente, a *class action* consiste numa ação em que o autor intenta, na veste de membro de uma categoria (por exemplo, como acionista ou como consumidor), uma demanda, tendendo a obter uma sentença a favor de todos os membros pertencentes à mesma categoria, sem necessidade de qualquer autorização para exercer esse direito.

Nesse sistema (americano), têm os juízes todo o controle acerca do correto exercício do direito de ação, da representação adequada, bem como do melhor remédio aplicável a cada caso.

A sentença terá força de coisa julgada, mesmo para aqueles que não tiveram em juízo.

No sistema americano, o direito de ação coletiva foi regulado pelas Federal Rules of Civil Procedure de 1938. A **Rule 23**, de 1966, é que especificou, com requinte, o direito especial às *class actions*, impondo os requisitos, a manutenção das demandas, a condução das demandas da espécie etc.

Como se nota, o objetivo da *class action* é o de realizar uma economia de juízos e de tutelar as partes mais débeis nas relações econômicas. Por elas (CA), basta que um só dos lesados reaja com sucesso para que toda a categoria seja tutelada, eliminando danos e injustiças que possam ser individualmente pouco relevantes, mas que na sua globalidade, considerando o número infinito de lesados, atingem proporções imensas.

Os pressupostos evidenciados acima - **a)** a classe seja de tal modo numerosa, que torne impossível a junção de todos os seus membros em juízo; **b)** as questões que são objeto de “denúncia” (seja de fato ou de direito), devem ser comuns a toda a classe; **c)** as ações e as exceções sejam típicas das ações ou exceções da classe; **d)** os representantes da categoria em causa atuem de modo leal e adequado na proteção dos interesses de toda a classe - devem ser bem observados, sob pena de se permitir “*legalmente*” abusos.

ARNOLDO WALD (1995:3/14), examinando as ações civis públicas (espécie de ação coletiva no direito brasileiro), já alerta para o acontecimento de abusos patológicos no Brasil, bem externalizando a questão no seguinte trecho: “*Ao examinar a recente evolução jurisprudencial das ações civis públicas, quatro aspectos merecem um exame especial: 1 – as ações civis públicas intentadas com base na equidade, sem respaldo legal, caracterizando o pedido juridicamente impossível e a impropriedade da ação; 2 – as ações civis públicas intentadas como substitutas das ações diretas de inconstitucionalidade; 3 – as ações civis públicas nas quais ao juiz se atribui jurisdição nacional; 4 – as ações civis públicas para defesa de direitos individuais homogêneos e disponíveis, fora dos casos expressamente previstos pelo legislador*”.

No direito americano, as *class actions* tomaram grande vulto com o caso *Union Carbide and Carbon Corporation v. Nisley*, de 1963.

Mineiros de vanádio e urânio, entre os quais o Sr. Nisley, agiram contra as duas companhias que os forneciam, denunciando a violação da legislação anti-trust. As duas companhias tinham o preço a um nível ilegítimo, prejudicando os autores.

O juiz reconheceu o ilícito, estabeleceu o preço justo do metal e o ressarcimento de cada um dos mineiros. A sentença no caso foi extremamente inovadora, pois concedeu aos cerca de 350 mineiros que se encontravam na mesma situação (*legitimante*), a possibilidade de intervir em juízo e reivindicar o seu dano.

Porém, atualmente, a Corte Suprema vem tomando muita cuidado com as *class actions*, de forma a impedir que se transformem em meios de chantagem ou em modo de se desestabilizar o mundo econômico com uma espécie de terrorismo judicial.

Apenas para demonstrar como essas *ações* podem se tornar perniciosas se não devidamente controladas, convém trazer à baila a sua apresentação

em *site* da internet (www.web-access.net/~aclark/frmain.htm): “Almost all of us have, at one time, received notice from the courts that we are a member of a class action lawsuit, and have wondered, “what does it all mean; what is the best course of action for us to take; what do I stand to gain or lose if I take one action or the other; and where can I get information to help me make an informed decision?” Not knowing the answers to the above and others questions, our normal course is to throw the notice in the trash and forget the matter. This is normally not the best action to take; and in this site, I will try to show other actions are possible and should be considered. The purported purpose of class action law suits is to give the common man the ability to take on the largest corporate or private entities (who can afford the very best legal services) and have a chance of redressing the wrong done by these entities. It is important to remember that even though the actual damage or cost to the individual class member may be small, the illicit gain to the corporate entity can be huge if done to hundreds or even thousands of class members. With this in mind when you get your notice as a class member, you think – “gee, someone finally caught the S.O.B.s, I’ll get what’s due me; justice will be done, and the big corporation will stop ripping people off.” HA! If you believe any of the above I’ve a bridge I want to sell you!”

Por essa razão, com muito acerto, vêm os tribunais, não só americanos, mas também brasileiros, freando essas espécies de demandas, quando efetivo mal à comunidade podem trazer, vez que representativas da ganância de pessoas inescrupulosas, na tentativa de desvirtuar um acesso extremamente democrático à Justiça.

Já no direito francês, o interesse e o dano são apreciáveis como recurso ao juiz administrativo. Muito embora tenha vindo a Lei Royer, de 27.12.73, a estabelecer que as associações dotadas de personalidade jurídica - tendo por objeto estatutário a defesa dos interesses dos consumidores - pudessem, se autorizadas, vir a exercer perante todas as jurisdições a ação civil pelos fatos que produzam prejuízos aos consumidores (art. 46, nº I), é certo que, mesmo antes, já era possível no direito francês que as associações de consumidores pudessem recorrer legalmente ao Conselho de Estado, o qual reconhecia a elas o interesse para agir no âmbito dos seus objetivos institucionais.

Na verdade, o direito francês não tem bem definida a distinção entre interesse coletivo e o interesse pessoal. Entretanto, é claro ao exigir, no mínimo, um interesse pessoal e atual como condição para instauração de qualquer pleito.

Quanto aos limites, a decisão administrativa deve ter uma incidência sobre a situação pessoal do autor. O interesse lesado pode ser de ordem material ou moral e pertencer a uma pessoa física, cuja natureza do interesse seja individual e privada, ou a uma pessoa jurídica, cujo interesse tenha natureza pública se se tratar de entes públicos, ou coletiva se se tratar de associações privadas.

A tutela dos *interesses difusos* no direito italiano também goza de critérios da jurisprudência administrativa.

O conceito do *direito difuso* foi desenvolvido pela jurisprudência, que criou a oportunidade de conciliar as exigências de tutela com os caracteres de um processo informado por critérios de tipo subjetivo e com uma tradição rigorosa em admitir em juízo situações não exclusivamente individuais nas limitadas hipóteses expressas de ação popular.

Por fim, cumpre salientar que o **direito brasileiro**, antes da Lei nº 7.347, de 24.7.85, não dispunha de muitas fórmulas para defesa global, em juízo, desses interesses metaindividuais, mas apenas:

- a) a ação popular, ajuizada pelo cidadão;
- b) algumas ações civis públicas já cometidas ao MP (ação reparatória de danos ao meio ambiente);
- c) a autorização a entidades de classe para postular interesses coletivos em juízo.

Assim, mister se tornava encontrar fórmula que, dentro da tradição do Direito Pátrio, desse melhor acesso ao Judiciário quando de conflitos a propósito de *interesses difusos ou coletivos*.

E foi a Carta Magna de 1988 que não só ampliou o rol dos legitimados ativos para a defesa dos interesses transindividuais, mas também inovou com outras espécies de demandas coletivas nominadas

Dentro as alterações trazidas pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estão:

- as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;
- o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político, organização sindical, entidade de classe ou associação;

- a ampliação do objeto da ação popular;
- cometimento ao sindicato da defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria;
- a ampliação do rol dos legitimados ativos para a ação de inconstitucionalidade;
- a ampla legitimação concedida ao Ministério Público para as ações civis públicas para defesa de interesses coletivos e difusos;
- a legitimação ativa conferida aos índios, suas comunidades e organizações, para ações em defesa de seus interesses.

Não resta dúvida que a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), por permitir a propositura de inúmeras ações e servir de base para novas leis que ampliaram sua abrangência, marcou época.

Reportando-se a ela sobrevieram a Lei nº 7.853, de 24.10.89, que cuidou da ação civil pública em defesa das pessoas portadoras de deficiência, a Lei nº 7.913, de 7.12.89, que dispôs sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários, a Lei nº 8.069, de 13.7.90, Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei nº 8.078, de 11.9.90, Código de Defesa do Consumidor e a Lei nº 8.864, de 11.6.94, que instituiu a ação de responsabilidade por danos causados por infração da ordem econômica. ◆