

A DEFINIÇÃO DE DIREITOS METAINDIVIDUAIS E O MICROSSISTEMA DA TUTELA COLETIVA

FLAVIA VIANA DEL GAIZO

Graduada pelo Centro Universitário do Estado do Pará (Cesupa). Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Doutoranda em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Advogada em São Paulo.

1 – Conceituação

Quanto à definição legal dos direitos e interesses metaindividuais, embora não seja papel do legislador conceituar institutos¹, isso ocorreu com o fito de fazer cessar a intensa polêmica que existia acerca do alcance dessa nova categoria de direitos. Portanto, qualquer outra conceituação, que não a legal, deve ser entendida como uma sugestão de *lege ferenda*². Confirma-se o dispositivo legal:

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

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

¹ Nesse sentido: VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 80.

² Com essa interpretação: ABELHA, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 4. ed., reform., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 47; PIZZOL, Patricia Miranda. *Coisa julgada nas ações coletivas*. Disponível em: http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/artigo_patricia.pdf. Acessado em 22/10/2008.

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

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

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Outra polêmica que também perdeu o objeto envolve as expressões “direito” e “interesse”, pois com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a nosso ver, elas foram utilizadas indistintamente a fim de que não restem lacunas caso se optasse por uma ou outra³. E é por isso que nesse trabalho as expressões serão usadas indistintamente com o mesmo significado teleológico.

Não obstante isso é bom que se diga que a rigor as expressões “direito” e “interesse” não são sinônimas, visto que a primeira revela um interesse juridicamente protegido, ou seja, possui menor abrangência que a segunda, fato esse que também foi observado pelo Código de Defesa do Consumidor ao fazer uso dessas expressões aliadas à conjunção alternativa “ou”; assim, o que se objetivou

³ Com a mesma posição: ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. 2. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 33; NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor: atualizado até 15.03.2002*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 1327; NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor: com exercícios*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 688; PIZZOL, Patricia Miranda. A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 93; VENTURI, Elton. *Processo civil coletivo: a tutela jurisdicional dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos no Brasil. Perspectivas de um Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Malheiros, 2007; WATANABE, Kazuo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 800. Preferindo a expressão “direitos”: DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil – processo coletivo*. Vol. 4. Salvador: JusPodivm, 2007, p. 85 – 91, embora reconheça que a discussão é inócua; GIDI, Antônio Carlos Oliveira. *Coisa julgada e litispendência*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 17 – 18. De outra banda, preferindo a expressão “interesse”: LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 85; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do consumidor em juízo*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 29 e 31, embora reconheça que a questão perdeu relevância; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 60.

com isso foi alargar o espectro de incidência da lei, a fim de que não reste direito ou interesse desprotegido⁴.

Discorrendo a respeito da diferença entre as expressões direito e interesse, CARINE VALERIANO DAMASCENA e REGINA VERA VILLAS BOAS explicam que:

(...) o interesse é a relação de desejo ou de necessidade que o homem estabelece com algum bem da vida e por isso é infinito, varia de acordo com os ideais individuais ou coletivos, enquanto que o direito é a incorporação do interesse ao sistema jurídico; é a seleção dos interesses, determinando-se quais devem passar a integrar o ordenamento jurídico⁵.

Ultrapassadas essas discussões preliminares que envolvem a conceituação dos direitos e interesses metaindividuais, cumpre destrinchar o conceito legal das expressões “difuso”, “coletivo *stricto sensu*” e “individual homogêneo”, que inexistem nos países de *common law*, tendo em vista que as expressões “direitos difusos” e “direitos individuais homogêneos” não são utilizadas, o que não implica concluir que referidas categorias não existam, pois a noção de difuso e individual homogêneo está embutida nas *class action* do tipo b (1) e b (2)⁶.

Uma primeira classificação que pode ser feita é dividir os direitos metaindividuais em dois grandes grupos: os direitos coletivos *lato sensu*, envolvendo os direitos difusos e os coletivos *stricto sensu*, também chamados de “essencialmente coletivo”; e os direitos individuais homogêneos, também denominados de “acidentalmente coletivos”, que embora possuam natureza eminentemente individual, sua tutela se dá na forma coletiva⁷, para garantir a efetividade do direito material, a economia processual⁸, desafogar o Judiciário,

⁴ Importantes anotações sobre as diferentes acepções do vocábulo “interesse” foram observadas por: ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 4. ed., reform., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 40 – 57.

⁵ Aspectos relevantes da história dos direitos difusos e coletivos. In: *Direito & Paz*. Lorena: Centro Universitário Salesiano de São Paulo, ano 06, n. 11, 2004, p. 106.

⁶ MULLENIX, Linda. *Os processos coletivos nos países de civil law e common law: uma análise de direito comparado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 267 – 271.

⁷ Expressões consagradas por BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Ações coletivas na Constituição Federal de 1988. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 16, n. 61, jan./mar. 1991, p. 187 – 188. Adotando a mesma classificação: GRINOVER, Ada Pellegrini. La difesa degli interessi transindividuali: Brasil e Iberoamerica. In: LANFRANCHI, Lucio (a cura di). *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2003, p. 157.

⁸ Nesse sentido ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 44.

facilitar o acesso à justiça e salvaguardar o princípio da igualdade da lei na medida em que resolve molecularmente causas repetitivas⁹.

1.1 – Direitos e interesses difusos

Da conceituação legal de direitos e interesses difusos pode-se extrair que sua nota característica é a indivisibilidade do objeto, a indeterminabilidade dos seus titulares¹⁰ e a inexistência da relação jurídica base entre eles.

Foi observando essas características que KAZUO WATANABE afirmou que os direitos difusos podem ser caracterizados de acordo com dois aspectos: um objetivo, que se refere à “indivisibilidade do bem jurídico” e outro subjetivo, fazendo menção à “indeterminação dos titulares e inexistência entre eles de relação jurídica base”¹¹. Divisão essa com a qual concordamos.

Ainda no que se refere aos direitos e interesses difusos, HUGO NIGRO MAZZILI faz uma observação importante ao afirmar que:

⁹ Com essa linha de raciocínio: MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. (Coleção temas atuais de direito processual civil, v. 4), p. 221.

¹⁰ Quanto a esta característica especificamente, Cesare Massimo Bianca afirma que “para se entender a idéia dos interesses difusos não basta referir-se a uma pluralidade de sujeitos, deve-se demonstrar que se trata de uma coletividade de composição indeterminada, ou seja, de uma generalidade de sujeitos”. Tradução livre feita pela autora. No original: “A cogliere l’idea degli interessi diffusi non basta tuttavia il riferimento ad una pluralità do soggetti. Ocorre specificare che deve trattarsi di una collettività a composizione indeterminata, ossia di una generalità do soggetti”. Note sugli interessi diffusi. In: LANFRANCHI, Lucio (a cura di). *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2003, p. 67.

¹¹ In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 801. No mesmo sentido: PIZZOL, Patricia Miranda. A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 94; ALVIM, Eduardo Arruda. Apontamentos sobre o processo das ações coletivas. In: MAZZEI, Rodrigo Dias; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 28.

Não são, pois, os interesses difusos mera subespécie de interesse público. Embora em muitos casos possa até coincidir os interesses de um grupo indeterminável de pessoas com o interesse do Estado ou o interesse da sociedade como um todo (como o interesse ao meio ambiente sadio), a verdade é que nem todos interesses difusos são compartilhados pela coletividade ou comungados pelo Estado¹².

Essa diferenciação é de suma relevância posto existir a tendência em se confundir interesse público com interesse difuso, o que nem sempre ocorre como foi visto acima.

1.2 – Direitos e interesses coletivos *stricto sensu*

Quanto à conceituação dos direitos e interesses coletivos *stricto sensu*, o que os caracteriza é a indivisibilidade do objeto, a determinabilidade dos seus titulares (aqueles pertencentes a um grupo, categoria ou classe)¹³ e o fato de estarem ligados entre si por uma relação jurídica base.

Portanto, o que distingue os interesses coletivos *stricto sensu* dos interesses difusos é a determinação das pessoas e a existência de vínculo entre elas, já que em ambos os casos o objeto é indivisível. Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal já se manifestou:

3. Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. 3.1.

¹²A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 18. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 51.

¹³ Carmine Punzi assinala que com relação aos interesses coletivos, o legislador atribuiu relevância a alguns grupos organizados, como por exemplo, uma associação, um sindicato, um partido ou uma ordem profissional. Tradução livre da autora. No original: “L’interesse collettivo (...) riguarda sempre gruppi organizzati, ai quali normalmente il legislatore annete rilevanza: ad esempio un’associazione, um sindacato, um partito o un ordine professionale”. La tutela giudiziale degli interessi diffusi e degli interessi collettivi. In: LANFRANCHI, Lucio (a cura di). *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2003, p. 18.

A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos¹⁴ (Feito grifo).

MARCELO ABELHA vai mais além, e diz que a diferenciação entre essas categorias de interesses atinge a esfera “ontológica”, no sentido de que, enquanto o interesse coletivo *stricto sensu* “está diretamente ligado ao atendimento de um interesse privado de uma coletividade”, o interesse difuso por sua vez, “possui uma veia pública, não exclusiva, heterogênea (por causa da dispersão) e plural”¹⁵.

A constatação dessa diferenciação é de extrema relevância, pois possui implicações de ordem prática, visto que os efeitos da coisa julgada se processarão de modo diverso. A sentença proferida no caso de interesses difusos terá abrangência *erga omnes*, enquanto que a sentença que cuide de interesses coletivos *ultra partes*, isto é, limita-se ao grupo, categoria ou classe.

1.3 – Direitos e interesses individuais homogêneos

Por fim, cumpre ainda desmembrar o conceito legal dos direitos e interesses individuais homogêneos, segundo o qual duas são as características dessa categoria: a homogeneidade e a origem comum¹⁶.

Por homogeneidade entende-se que deve haver uma pluralidade de pessoas de modo que se torne inviável a formação de um litisconsórcio.

¹⁴ STF – RESP n. 163.231/SP, Tribunal Pleno, relator Ministro Maurício Corrêa, DJ. 29/06/2001, p. 55.

¹⁵ *Manual de direito processual civil*. 4. ed., reform., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 50.

¹⁶ Alguns autores mencionam tão somente a origem comum para caracterizar os direitos individuais homogêneos, com esse entendimento confira-se: ALVIM, Eduardo Arruda. Apontamentos sobre o processo das ações coletivas. In: MAZZEI, Rodrigo Dias; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 31.

E quanto à origem comum KAZUO WATANABE afirma que ela poderá “ser de fato ou de direito, e a expressão não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal”¹⁷, decorrendo daí a homogeneidade.

Abarcando essas duas concepções TEORI ALBINO ZAVASCKI define os direitos individuais homogêneos como:

“(...) *direitos subjetivos pertencentes a titulares diversos, mas oriundos da mesma causa fática ou jurídica, o que lhes confere grau de afinidade suficiente para permitir a sua tutela jurisdicional de forma conjunta*”¹⁸.

Doutrinariamente outras características são apontadas para se verificar a ocorrência de um direito ou interesse individual homogêneo. Para PATRICIA MIRANDA PIZZOL¹⁹, por exemplo, subjetivamente caracterizam-se pela determinabilidade dos titulares, além da origem comum, e objetivamente pela divisibilidade do objeto, definição precisa com a qual comungamos.

Já MARCELO ABELHA entende que além da origem comum é preciso que se observe “uma dimensão social que justifique a categorização dos interesses como individuais homogêneos”²⁰. Esse requisito, aliado aos demais mencionados pelo conceito legal, é de suma importância para obstar que o Ministério Público assuma ações de cunho individual homogêneo, mas que materialmente versem sobre direitos disponíveis.

Outra ponderação é feita por ADA PELLEGRINI GRINOVER²¹ no sentido de que para a ocorrência dos direitos e interesses individuais homogêneos é preciso

¹⁷ In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 806.

¹⁸ Reforma do processo coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: RT, 2007, p. 35.

¹⁹ A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 94.

²⁰ *Ação civil pública e meio ambiente*. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 47.

²¹ *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 863- 867 *passim*. Com o mesmo entendimento:

haver uma prevalência das questões comuns sobre as individuais, pois inexistindo a prevalência dos aspectos coletivos, os direitos são heterogêneos e a tutela coletiva não pode ser admitida por falta de possibilidade jurídica do pedido.

Além disso, continua a referida autora aduzindo que a via coletiva deve ser superior à individual, sob pena de se caracterizar a falta de interesse processual por inadequação e inutilidade do meio processual, como acontece nas *class actions* norte-americanas na Regra 23 (b) (3)²² - ²³.

Entretanto, em que pese o brilhantismo do raciocínio desenvolvido, não nos parece ser esse o melhor entendimento, pois no direito brasileiro não há qualquer referência acerca da predominância das questões comuns sobre as individuais nem tampouco na questão da superioridade da tutela coletiva²⁴.

Portanto, a ação coletiva prevista nos artigos 91 *et seq.* do Código de Defesa do Consumidor não possui o mesmo objeto daquele disposto nas *class action* norte-americana do tipo b (3), já que essas substituem as ações individuais, sendo consideradas uma via principal, pois a coisa julgada alcança a todos, independentemente do resultado, salvo para aqueles que optaram por sua exclusão. Por outro lado, as ações coletivas brasileiras foram criadas como uma via alternativa para a defesa dos indivíduos, servindo tão somente para beneficiá-los.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, V. 4 (Coleção temas atuais de direito processual civil), p. 221; GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 12.

²² "(b) Class actions Maintainable. An action may be maintained as a class action if the prerequisites of subdivision (a) are satisfied, and in addition: (3) the court finds that questions of law or fact common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for the fair and efficient adjudication of the controversy." YEAZELL, C. Stephen. *From medieval group litigation to the modern class action*. New Haven and London: Yale University Press, 1987, p. 292. Tradução livre feita pela autora: "(b) Hipóteses de cabimento. Uma ação pode ser mantida como ação coletiva se os requisitos da subdivisão (a) forem satisfeitos, e: (3) o juiz considerar que as questões de direito ou de fato comuns aos membros do grupo predominam sobre qualquer questão individual e que a ação coletiva é superior a outros métodos disponíveis para o justo e eficiente julgamento da controvérsia".

²³ Para maiores esclarecimentos sobre o assunto consultar: VIANA, Flávia Batista. Algumas considerações sobre as *class action* norte-americanas (pequenos contrapontos com as ações coletivas brasileiras). In: *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano 33, n. 159 maio/2008, p. 101 – 104.

²⁴ No mesmo diapasão: PIZZOL, Patricia Miranda. A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 94.

Interessante observar que o Código Modelo de Processos Coletivos para Ibero-América em seu artigo 2º, parágrafo 1º²⁵, bem como o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos coordenado por Ada Pellegrini Grinover em seu artigo 26, parágrafo 1º²⁶ prevêm a necessidade de que exista a predominância de questões comuns sobre as individuais, bem como que a via coletiva seja útil.

No que se refere às categorias de direitos e interesses, embora seja fácil visualizar suas diferenças no plano conceitual, a prática não impõe a mesma clareza sendo muito comum que se tente classificar o direito de acordo com a matéria em questão, o que é um equívoco²⁷; ou mesmo tentar relacionar o direito coletivo à pessoa ou quantidade delas, isto é, não se pode afirmar que a demanda é coletiva simplesmente pelo fato de existirem vários sujeitos integrando o mesmo pólo da ação²⁸, ou porque uma associação ou o Ministério Público são os autores de determinada demanda.

Corroborando a afirmação supracitada de que no caso concreto a diferenciação entre as categorias de direito e interesses é uma tarefa que exige muita atenção, está o clássico exemplo do caso *Bateau Mouche* explicitado por NELSON NERY JÚNIOR, e que em razão de sua clareza e didática, vale a pena transcrever:

O acidente com o *Bateau Mouche* IV, que teve lugar no Rio de Janeiro no final de 1988, poderia abrir oportunidade para propositura de ação individual por uma das vítimas do evento pelos prejuízos que sofreu (direito individual), ação de indenização em favor de todas as vítimas ajuizada por entidade associativa (direito individual homogêneo), ação de obrigação de

²⁵ Artigo 2º. § 1º. “Para a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos, além dos requisitos indicados nos n. I e II deste artigo, é também necessária a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto”.

²⁶ Artigo 26. § 1º. “Para a tutela dos interesses ou direitos individuais homogêneos, além dos requisitos indicados no artigo 19 deste Código, é necessária a aferição da predominância das questões comuns sobre as individuais e da utilidade da tutela coletiva no caso concreto”.

²⁷ É recorrente a afirmação de que o “meio ambiente é direito difuso, consumidor é coletivo etc.” NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Túlio Liebman, v. 21), p. 159. Em sentido similar, Marcelo Abelha Rodrigues explica que em se tratando de direitos coletivos *stricto sensu* “não é o vínculo associativista (necessidades comuns traduzidas num ente representativo) que faz com que o direito seja coletivo, mas sim o seu objeto”. *Manual de direito processual civil*. 4. ed., reform., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 49.

²⁸ O que poderia configurar a figura processual do litisconsórcio previsto no artigo 46 do Código de Processo Civil, cuja natureza é da ordem do direito processual individual e não do direito processual coletivo, denotando uma mera cumulação de demandas individuais, que inclusive podem ser limitadas a critério do magistrado.

fazer movida por associação das empresas de turismo que têm interesse na manutenção da boa imagem desse setor da economia (direito coletivo), bem como ação ajuizada pelo Ministério Público, em favor da vida e segurança das pessoas, para que seja interdita a embarcação a fim de se evitarem novos acidentes (direito difuso)²⁹.

Portanto, o que caracteriza se a ação destina-se à tutela de direitos ou interesses difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos, é a pretensão deduzida em juízo, ou seja, o pedido formulado pelo autor³⁰. Vale lembrar ainda que a ação coletiva pode conter pedidos cumulados e são cabíveis quaisquer espécies de ação³¹.

Importante que se diga também que o fato de um mesmo objeto gerar dois tipos de direito ou pretensão, tal situação não lhes retira a característica marcante da indivisibilidade do objeto, em se tratando de direitos difusos e coletivos *stricto sensu*.

No mesmo diapasão, muito bem exemplifica LUIZ ANTÔNIO RIZZATO NUNES, ao afirmar que: “(...) se um anúncio enganoso atingir um consumidor em particular, esse direito individual identificado não altera em nada a natureza indivisível do fato objetivo do anúncio”³².

Dessa forma, ainda que um fato alcance a esfera individual, não perderá sua essência de objeto indivisível.

²⁹ *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed., rev. atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Túlio Liebman, v. 21), p. 160.

³⁰ Sob a mesma ótica: NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 8. ed., rev. atual. e ampl.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Túlio Liebman, v. 21), p. 159; WATANABE, Kazuo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 807 - 808; PIZZOL, Patricia Miranda. A tutela antecipada nas ações coletivas como instrumento de acesso à justiça. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 94.

³¹ Artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor. “Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por esse Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

³² NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. As ações coletivas e as definições de direito difuso, coletivo e individual homogêneo. In: MAZZEI, Rodrigo Dias; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 88.

2 – O microsistema

Como é sabido, o Direito, como ciência jurídica que é, sofre fortes influências da sociedade, e de outro modo não poderia ser, já que seu fim último é garantir a paz social.

Na esteira da evolução da sociedade o Direito também sofre mutações para se adequar às novas exigências sociais, sendo que, hodiernamente, o dogma da tutela individual vem cedendo espaço para as necessidades da tutela de massa, tendo em vista a ascensão da denominada sociedade de massas.

Nesse cenário, a era dos “Códigos oitocentistas”³³ que pretendiam regular por completo todas as situações, estão demonstrando sua fragilidade, posto não conseguirem, o que de fato é praticamente impossível, vislumbrar todas as relações jurídicas, seja em seu aspecto material seja em seu aspecto processual.

Assim, vem ganhando corpo no mundo jurídico e cada vez mais relevância os denominados “microsistemas”, que consoante lição de RODRIGO MAZZEI constituem em:

(...) leis especiais ou extravagantes para a regulação de determinadas relações jurídicas que, por sua especificidade e regência própria de princípios, não encontram guarida no ventre das normas gerais³⁴.

O Código de Defesa do Consumidor acompanhando o desenvolver dos acontecimentos fático-jurídicos previu expressamente em seu artigo 89³⁵ a possibilidade de extensão dos dispositivos no Título III do referido Código a todas as ações que tutelassem direitos difusos, coletivos *stricto sensu* ou individuais homogêneos.

³³ Expressão cunhada por: MAZZEI, Rodrigo. Ação popular e o microsistema da tutela coletiva. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; MOUTA José Henrique (Coord.). *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 375.

³⁴ Ação popular e o microsistema da tutela coletiva. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; MOUTA José Henrique (Coord.). *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: JusPodivm, 2009 p. 376.

³⁵ Artigo 89. “As normas deste Título III aplicam-se, no que for cabível, a outros direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, tratados coletivamente.”

Ocorre que, esse artigo foi vetado, no entanto, tal iniciativa restou ineficaz em razão dos artigos 110 e 117 do Título IV, que por alteração da Lei da Ação Civil Pública reafirmou a mesma solução de alargamento.

É por essa razão que se pode afirmar que, não obstante o veto presidencial ao artigo 89, com o advento do Código de Defesa do Consumidor ficou consagrado em seus artigos 90³⁶, 110 e 117 e artigo 21 Lei da Ação Civil Pública³⁷ o princípio da perfeita interação entre essas leis³⁸, o que significa dizer que as regras processuais de um podem ser aplicadas ao outro indistintamente, formando o que a doutrina de escol denomina por “microssistema de tutela coletiva” ou “jurisdição civil coletiva”.³⁹

Dessa feita, o Código de Defesa do Consumidor juntamente com a Lei da Ação Civil Pública e a Constituição Federal formam o eixo central do denominado microssistema de tutela coletiva^{40 - 41 - 42}, estabelecendo uma verdadeira interação

³⁶ Artigo 90. “Aplicam-se às ações previstas neste Título as normas do Código de processo Civil e da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contrariar suas disposições”.

³⁷ Artigo 21. “Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei 8.078/90 que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”.

³⁸ PIZZOL, Patricia Miranda. *A competência no processo civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. (Coleção estudos de direito de processo Enrico Túlio Liebman, v. 55), p. 570 – 571; NERY JÚNIOR, Nelson. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 993 – 999 *passim*. WATANABE, Kazuo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 792; GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Tutela de interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Saraiva, 2006. (Coleção sinopses jurídicas, v. 26), p. 21; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, v. 4 (Coleção temas atuais de direito processual civil), p. 198; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Manual do consumidor em juízo*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 2; ALVIM, Eduardo Arruda. Apontamentos sobre o processo das ações coletivas. In: MAZZEI, Rodrigo Dias; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 60, afirmando existir “uma verdadeira simbiose entre as regras do processo coletivo”.

³⁹ ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. 2. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p. 18; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 266; DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*. Salvador: JusPodvim, 2007, v. 4, p. 45 – 53; FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 5. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 312.

⁴⁰ ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 266; PIZZOL, Patricia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998, p. 143.

⁴¹ Para Rodrigo Mazzei além do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública, a Lei da Ação Popular também integra a base fundamental do microssistema de tutela coletiva. Ação

entre esses diplomas, restando apenas uma aplicação subsidiária ao Código de Processo Civil.

Portanto, como foi mencionado alhures, esse microsistema de tutela coletiva é aplicável não apenas às relações de consumo, mas a todas às situações envolvendo quaisquer interesses metaindividuais, consubstanciando o que a doutrina costuma denominar de “direito processual coletivo”⁴³.

Com relação à aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, isso significa dizer que primeiro deve-se buscar solução para as questões relacionadas à tutela coletiva nos diplomas legais que integram o microsistema de tutela coletiva, e, apenas na ausência de regulação deste é que se deve socorrer do Código de Processo Civil, já que este é de natureza eminentemente individual, portanto, incompatível com os auspícios do processo coletivo.

Vale lembrar que se deve respeitar o princípio da especialidade, ou seja, sempre que houver alguma lei que trate de maneira mais detalhada determinado assunto, essa deve prevalecer em relação às demais.

A respeito do microsistema de tutela coletiva, RODRIGO MAZZEI aponta uma diferença em relação ao demais microsistemas, tendo em vista que esse fenômeno também ocorre em outras esferas jurídicas, como por exemplo, o microsistema penal e o civil⁴⁴, ao afirmar que:

(...) sua formação marcada pela reunião intercomunicante de vários diplomas, diferenciando-se da maioria dos microsistemas que, em regra,

popular e o microsistema da tutela coletiva. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; MOUTA José Henrique (Coord.). *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: JusPodvim, 2009, p. 384.

⁴² Antônio Carlos Oliveira Gidi afirma que a perfeita interação entre estas leis “(...) seria, por assim dizer, um Código de Processo Civil Coletivo”. *Coisa julgada e litispendência*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 77.

⁴³ Nesse sentido: ABELHA RODRIGUES, Marcelo. *Manual de direito processual civil*. 4. ed., reform., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008; ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003; DIDIER JÚNIOR, Fredie, ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*. Salvador: JusPodvim, 2007, v. 4. GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel. *Curso de direito processual civil coletivo*. Rio de Janeiro: Forense, 2005; GRINOVER, Ada Pellegrini, MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

⁴⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil – Processo Coletivo*. Salvador: JusPodvim, 2007, v. 4, p. 45.

tem formação enraizada em apenas uma norma especial, recebendo por tal situação, razoável influência de normas gerais. Por exemplo, a Lei nº 8.245/91 (exemplo de lei extravagante nas relações entre o locador e inquilino de imóveis) possui diálogo com o Código Civil, o Código de Processo Civil e, obviamente, a Constituição Federal. No entanto, sua interação com outros diplomas especiais ou extravagantes é muito reduzida, somente ocorrendo em situações pontuais.⁴⁵

Também integram o microsistema de tutela coletiva, outras leis que estabelecem ou instituem variados tipos de ações coletivas ou regras processuais, tais como: a Lei da Ação Popular, a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei do Mandado de Segurança, a Lei do Habeas Data, a Lei do Mandado de Injunção, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto da Cidade, o Estatuto do Idoso⁴⁶.

Assim, de modo conciso, MARCELO ABELHA, define em que constitui o microsistema de tutela coletiva ou a jurisdição civil coletiva: “(...) um conjunto de técnicas processuais, com alto valor axiológico, destinado à justa e efetiva tutela dos conflitos de interesses envolvendo direitos coletivos *lato sensu*”⁴⁷.

É importante assinalar ainda que a existência de um microsistema de tutela coletiva não constitui apenas debate acadêmico, posto que o próprio Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de sua existência em reiterados votos. Confira-se o voto do Ministro Luiz Fux:

A lei de improbidade administrativa, juntamente com a lei da ação civil pública, da ação popular, do mandado de segurança coletivo, do Código de Defesa do Consumidor e do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Idoso, compõe um microsistema de tutela dos interesses transindividuais e sob esse enfoque interdisciplinar, interpenetram-se e subsidiam-se (...) ⁴⁸.

⁴⁵ Ação popular e o microsistema da tutela coletiva. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; MOUTA José Henrique (Coord.). *Tutela jurisdicional coletiva*. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 382.

⁴⁶ Para Gregório Assagra de Almeida essas leis supracitadas compõem o denominado “direito processual coletivo comum”, pois para esse autor o direito processual coletivo está dividido em: direito processual coletivo comum, cujo objetivo é garantir a tutela dos direitos e interesses coletivos *lato sensu*; e direito processual coletivo especial que está destinado ao controle concentrado da constitucionalidade. Nesse último grupo estão incluídas a ação direta de inconstitucionalidade por ação, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a ação direta de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e o controle concentrado de constitucionalidade pelos Estados e pelo Distrito Federal. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação)*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 157 – 333 passim.

⁴⁷ *Processo civil ambiental*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 66.

⁴⁸STJ – RESP n. 510.150/MA, 1ª Turma, Relator Ministro Luiz Fux, j. 17.2.2004, DJU, 29.3.2004, p. 173.

Além disso, o princípio da perfeita interação entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública põe fim à discussão doutrinária (que para alguns consiste em verdadeira impropriedade técnica⁴⁹) existente acerca da diferenciação ou não entre as expressões “ação civil pública” e “ação coletiva”⁵⁰, posto integrarem um único sistema, podendo ser usadas conjuntamente, e considerando que o objetivo de ambas é possibilitar a tutela coletiva.

De todo modo, a expressão mais adequada para se referir à tutela coletiva é o termo “ação coletiva”⁵¹, por possuir acepção mais abrangente. Entretanto, o debate existe por razões históricas, já que a denominação “ação civil pública” foi usada originariamente para contrapor-se à expressão “ação penal pública”, posto que o Ministério Público possuía legitimidade para essa última ação, e com o advento da Lei n. 7.347/85 o órgão ministerial conquistou legitimidade para propor ações em defesa dos direitos metaindividuais⁵².

Contudo, ainda que com essa explicação histórica, HUGO NIGRO MAZZILLI⁵³, entende que, doutrinariamente, o termo “ação civil pública” deve ser empregado quando o autor é o Ministério Público e “ação coletiva” quando a autoria cabe às associações civis.

SÉRGIO SEIJI SHIMURA⁵⁴ por sua vez, aduz que a expressão “ação coletiva” constitui um gênero do qual decorrem todas as demais espécies que tutelam os direitos metaindividuais, não desconhecendo, no entanto, as particularidades de cada ação, mas, concluindo que todas estão imbuídas do mesmo objetivo, qual seja: garantir e efetivar a tutela coletiva.

⁴⁹ SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Interesses difusos e coletivos: Estatuto da criança e do adolescente, consumidor, meio ambiente, improbidade administrativa, ação civil pública e inquérito civil*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2001, (Série Fundamentos Jurídicos), p. 112.

⁵⁰ Sob a mesma ótica, José Marcelo Menezes Vigliar ainda aponta que as expressões “ação civil coletiva” e “ação ideológica” também são sinônimas das expressões “ação civil pública” e “ação coletiva”, pois todas se referem ao mesmo “fenômeno”. *Interesses difusos e coletivos*. São Paulo: Curso Preparatório para Concurso, 2004, p. 62.

⁵¹ Afirmando que inexistente diferença entre ação civil pública e ação coletiva, mas preferindo esta última expressão: VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Interesses individuais homogêneos e seus aspectos polêmicos*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 53.

⁵² Em sentido similar: MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 12 ed. rev., atual., ampl. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 356.

⁵³ *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 18. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 70.

⁵⁴ O papel da associação na ação civil pública. In: MAZZEI, Rodrigo Dias; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo Civil Coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 151 – 152 *passim*.

O que se observa com o uso da expressão “ação coletiva” é que ela serve para diferenciar de imediato da expressão “ação individual”, e que por isso mesmo, apesar de aproveitar toda a disposição da Teoria Geral do Processo Civil, rege-se consoante as particularidades do microssistema das ações coletivas.

Data máxima vênia às opiniões em sentido contrário, para efeitos práticos, resta inócua a discussão doutrinária entre as denominações “ação civil pública” e “ação coletiva”⁵⁵, em razão da perfeita interação existente entre a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor⁵⁶, sendo, portanto, consideradas expressões sinônimas.

Além disso, como lembra SÉRGIO SEIJI SHIMURA⁵⁷, a tutela coletiva não possui apenas respaldo no Poder Judiciário, pois a própria sociedade civil por intermédio das associações de classe e fundações privadas, por exemplo, podem exigir a implementação de políticas públicas para a realização de direitos metaindividuais.

Esse também é o caso das pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos⁵⁸, que tenham como um de seus objetivos sociais a promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico; defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável, objetivos estes que se incluem na categoria de direitos metaindividuais.

Outro fator que robustece a tutela coletiva é a esfera administrativa, visto que alguns órgãos como o PROCON⁵⁹ e o Conselho Tutelar⁶⁰ ao exercerem seu papel de fiscalização, prevenção e aplicação de sanções, colaboram para que as políticas

⁵⁵ Comungando desse entendimento: LEAL, Mafra, Márcio Flávio. *Ações coletivas: história, teoria e prática*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1998, p. 188.

⁵⁶ Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery mencionam alguns exemplos de regras da Lei da Ação Civil Pública que podem ser aproveitadas pelo Código de Defesa do Consumidor: “a) dar efeito apenas devolutivo a recurso de apelação ou efeito suspensivo a agravo de instrumento (LACP 14); b) pode ser cumulado pedido de liminar na petição inicial da ação individual ou coletiva do consumidor (LACP 12); c) a pessoa jurídica de direito público interessada pode pedir a suspensão da liminar concedida em ação de consumo (LACP 12, § 1º.)”. *Leis civis comentadas: atualizado até 20 de julho de 2006*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 254.

⁵⁷ O papel da associação na ação civil pública. In: MAZZEI, Rodrigo Dias; NOLASCO, Rita Dias (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 149.

⁵⁸ Classificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP), previstas na Lei n. 9.790/99.

⁵⁹ No Estado de São Paulo a regulamentação do PROCON encontra previsão na Lei n. 9.192/95.

⁶⁰ Artigo 131 e ss. do Estatuto da Criança e do Adolescente.

públicas sejam realizadas, o que em última instância significa a proteção dos direitos metaindividuais.