DOUTRINA

DEMANDAS COLETIVAS E OS PROBLEMAS EMERGENTES DA PRÁXIS FORENSE (*)

Kazuo Watanabe
Professor de Direito Processual Civil - USP

1. As **demandas coletivas**, cuja história no Brasil é bastante recente[1], tiveram ampliado o seu campo de aplicação e melhor sistematizada sua disciplina legal com o advento do Código de Proteção e Defesa do Consumidor - CDC - (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990).

Com efeito, a Lei nº 7.347/85, instituidora da chamada "ação civil pública", foi modificada pelo CDC (arts. 109 "usque" 117) e passou a tutelar também outros interesses difusos ou coletivos, e não apenas aqueles originariamente abrangidos. Operou-se, além disso, uma ampla e perfeita interação entre os dois estatutos legais, de tal modo que o que está disciplinado na Lei nº 7.347 (v.g., inquérito civil) é também aplicável na proteção do consumidor, e toda a disciplina do CDC (v.g., conceito de interesses ou direitos "difusos", "coletivos" e "individuais homogêneos", legitimação para agir, ação especial para execução específica das obrigações de fazer ou não fazer, ação coletiva para defesa de "interesses individuais homogêneos", coisa julgada, etc.) diz respeito igualmente à "ação civil pública" (os arts. 90 e 117 do CDC determinam explicitamente essa interação).

Temos hoje, em razão desse avanço legislativo, uma tutela mais adequada dos conflitos de interesses coletivos, que até então eram tratados atomizadamente, pela técnica da fragmentação dos conflitos prevista no art. 6º do Cód. de Proc. Civil[2].

2. Muitas dúvidas surgirão, certamente, na utilização desse novo instrumental processual. E serão, seguramente, cometidos alguns equívocos até que a doutrina e a jurisprudência estabeleçam com precisão os novos conceitos e categorias e tracem o exato alcance das reformulações dos institutos tradicionais, como o da coisa julgada.

3. É preciso evitar-se, a todo custo, que graves erros, dúvidas e equívocos, principalmente os decorrentes de mentalidade incapaz de captar com sensibilidade social as inovações e os provocados por vedetismo ou espírito político-eleiçoeiro, possam comprometer irremediavelmente o êxito de todo esse instrumental, que tem tudo para solucionar adequadamente os inúmeros conflitos de interesses coletivos que marcam a sociedade contemporânea.

Nos Estados Unidos, onde as "class actions" têm longa tradição[3], há opiniões favoráveis ("one of the most socially useful remedies in history") e também negativas ("legalized backmail")[4] e não são poucos os que mani-

festam preocupação a respeito de sua correta utilização de modo a não transformá-las em instrumento de proveito egoístico de quem as propõe, ao invés de fazê-las cumprir objetivos sociais a que se vocacionam[5].

Com maior razão, preocupação redobrada devemos ter no Brasil, onde o individualismo é mais acentuado que nos Estados Unidos e não temos ainda tradição no trato com as demandas coletivas.

4. Nesse importante mister, tem papel saliente o Ministério Público, não somente em razão de sua função institucional (art. 129, III, Const. Federal), o que faz supor melhor preparo de seus membros, como também em virtude da efetiva liderança que vem assumindo na prática no ajuizamento de ações coletivas. É preciso evitar que o "Parquet" perca a importância de sua função institucional por eventual vedetismo de qualquer de seus membros, que faça do inquérito civil ou das ações coletivas instrumentos de sua projeção pessoal ou até mesmo de alguma pressão irrazoável ou em virtude ainda da incorreta conceituação dos interesses ou direitos "difusos" e "coletivos", que o leve a propor demandas que veiculem interesses eminentemente privados, sem qualquer relevância social. Certamente, como bem adverte ANDREA PROTO PISANI, não se deve restringir a legitimação para agir do Ministério Público apenas aos casos em que esteja presente o interesse geral e indeferenciado de natureza publicística, incumbindo-lhe também a tutela dos interesses coletivos específicos de natureza privatística[6].

Mas, não se pode ir ao extremo de permitir que o Ministério Público tutele **interesses genuinamente privados sem qualquer relevância social** (como os de condôminos de um edifício de apartamentos contra o síndico ou contra terceiros, ou os de um grupo de uma sociedade contra outro grupo da mesma sociedade, a menos que esteja inequivocamente presente, por alguma razão específica, o **interesse social**), sob pena de amesquinhamento da relevância institucional do "Parquet", que deve estar vocacionado, por definição, constitucional, à defesa "da ordem jurídica, do regime democrático e dos **interesses sociais** e **individuais indisponíveis**" (art. 127, Const. Federal).

5. O presente estudo, com essa preocupação de preservar a efetividade das ações coletivas e de evitar que sua incorreta e por vezes abusiva utilização venha a comprometer a sua finalidade e até mesmo sua subsistência no nosso sistema jurídico, procurará proceder à abordagem crítica de alguns aspectos problemáticos que vêm emergindo da práxis forense.

Basicamente, consideraremos os aspectos relacionados às ações coletivas para a atualização dos benefícios dos aposentados, que é a demanda coletiva do momento, com rápida alusão, quando necessário, a algumas outras demandas coletivas.

6. Antes de mais nada devemos ter presentes os conceitos de interesses ou direitos "difusos", "coletivos" e "individuais homogêneos" que em nosso sistema jurídico passaram a prevalecer após a edição do CDC.

A propósito, em comentários ao art. 81 e parágrafo do CDC, escrevemos o que se segue:

"INTERESSES OU DIREITOS "DIFUSOS" - Na conceituação dos interesses ou direitos "difusos", optou-se pelo critério da **indeterminação** dos titulares e da inexistência entre eles de **relação jurídica-base,** no aspecto subjetivo, e pela **indivisibilidade** do bem jurídico, no aspecto objetivo[7].

Reza o texto legal: "I - **interesses** ou **direitos difusos,** assim entendidos, para os efeitos deste Código, os transindividuais, de **natureza indivisível,** de que sejam titulares **pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato**" (art. 81, parágrafo único, n. I).

No campo da relação de consumo, podem ser figurados os seguintes exemplos de **interesses** ou **direitos difusos:**

a) publicidade enganosa ou abusiva, veiculada através de imprensa falada, escrita ou televisionada, a afetar um número incalculável de pessoas, sem que entre elas exista uma relação-base. O bem jurídico tutelado pelo art. 37 e parágrafo do Código é indivisível no sentido de que basta uma única ofensa para que todos os consumidores sejam atingidos e também no sentido de que a satisfação de um deles, pela cessação da publicidade ilegal, beneficia contemporaneamente a todos eles. As pessoas legitimadas a agir, nos termos do art. 82, poderão postular em juízo o provimento adequado à tutela dos interesses ou direitos difusos da coletividade atingida pela publicidade enganosa ou abusiva;

b) colocação no mercado de produtos com alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança dos consumidores, o que é vedado pelo art. 10 do Código. O ato do fornecedor atinge todos os consumidores potenciais do produto, que são em número incalculável e não vinculados entre si por qualquer relação-base. Da mesma forma que no exemplo anterior, o bem jurídico tutelado é indivisível, pois uma única ofensa é suficiente para a lesão de todos os consumidores, e igualmente a satisfação de um deles, pela retirada do produto do mercado, beneficia ao mesmo tempo a todos eles.

A tutela jurisdicional dos interesses ou direitos difusos, que pela sua própria natureza deve ser feita **moleculármente**, em benefício de todos os consumidores atingidos, será suficiente uma só demanda coletiva, cuja sentença, nos termos do art. 103, I, fará coisa julgada **erga omnes.**

INTERESSES OU DIREITOS "COLETIVOS" - Os interesses ou direitos "coletivos" foram conceituados como "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" (art. 81, parágrafo único, nº II).

Com o uso da expressão "transindividual de natureza indivisível" se destacou, antes de mais nada, a idéia de interesses individuais agrupados ou feixe de interesses individuais da totalidade dos membros de uma entidade ou de parte deles.

Tampouco foi considerado traço decisivo dos interesses ou direitos "coletivos" o fato de sua organização[8], que certamente existirá apenas na primeira modalidade mencionada no texto legal, que concerne aos interesses e direitos pertinentes a grupo, categoria ou classe de pessoas **ligadas entre si** por uma relação jurídica base, e não na segunda modalidade, que diz com os interesses ou direitos respeitantes a grupo, categoria ou classe de pessoas **ligadas com a parte contrária** por uma relação jurídica base.

Mesmo sem organização, os interesses ou direitos "coletivos" apresentam tal nível de homogeneidade que, independentemente de sua harmonização formal ou amalgamação pela reunião de seus titulares em torno de uma entidade representativa, que passam a formar uma só unidade, tornando-se perfeitamente viável, e mesmo desejável, a sua proteção jurisdicional em forma molecular.

Nas duas modalidades de interesses ou direitos "coletivos", o traço que os diferencia dos interesses ou direitos "difusos" é a **determinabilidade** das pessoas titulares, seja através da relação jurídica base que as une (membros de uma associação de classe ou acionistas de uma mesma sociedade), seja por meio do vínculo jurídico que as liga à parte contrária (contribuintes de um mesmo tributo, prestamistas de um mesmo sistema habitacional ou contratantes de um segurador com um mesmo tipo de seguro, estudantes de uma mesma escola, etc.).

Num certo sentido, portanto, o conceito de "coletivo" do Código é mais amplo do que o sustentado pela doutrina corrente, pois abrange os interesse ou direitos não organizados, mas em outro sentido é mais restrito, certo é que apenas os interesses ou direitos indivisíveis estão nele abrangidos.

Não se poderá pretender, portanto, a tutela dos interesses ou direitos **individuais** agrupados com base no dispositivo legal em análise. Mormente quando o feixe de interesses individuais se contrapõe a um outro feixe de interesses individuais. É necessário que os interesses sejam, a um tempo, transindividuais e de natureza indivisível.

Mas, por outro lado, a natureza indivisível dos interesses ou direitos "coletivos" ensejará, não raro, a proteção de pessoas não pertencentes às associações autoras de ações coletivas. Não foi por outra razão que o inc. II do art. 103 estabeleceu que a sentença proferida nessas ações coletivas fará coisa julgada **ultra partes** "limitadamente ao grupo, categoria ou classe".

INTERESSES OU DIREITOS "INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS" - O inc. III do parágrafo único do art. 81 conceitua os interesses ou direitos "**individuais homogêneos**" como "os decorrentes de origem comum", permitindo a tutela deles a título coletivo.

"Origem comum" não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias ou de um produto nocivo à saúde adquiridos por vários consumidores num largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos com homogeneidade tal que os tornam a "origem comum" de todos eles.

Essa modalidade de ação coletiva, constitui, uma novidade no sistema jurídico brasileiro,[9] e representa a incorporação ao nosso ordenamento de uma

ação bastante assemelhada às **class action** do sistema norte-americano; assemelhada, mas não de todo identica, pois houve necessidade de adaptação às nossas peculiaridades geográficas, sociais, políticas e culturais.

7. Tendo-se presentes, de um lado, esses conceitos de interesses ou direitos "difusos", "coletivos" e "individuais homogêneos" e, de outro lado, a legitimação para agir, que foi ampliada pelo art. 82 e incisos do CDC, é necessário, em seguida, isolar com precisão os **elementos objetivos da ação coletiva** a ser proposta (**causa de pedir** e **pedido**) dados esses que têm significativa importância na correta determinação do legitimado passivo para a ação, bem assim para a fixação da amplitude da demanda, e ainda para se saber com exatidão se, no caso concreto, ocorre mera conexidade entre as diversas demandas coletivas ou se é caso de litispendência a obstar o prosseguimento das ações posteriores.

A total displicência por esses aspectos de suma relevância vem ocasionando uma **inadmissível multiplicidade de demandas coletivas com o mesmo objeto,** como vem acontecendo na questão do aumento de 147,06% nos benefícios dos aposentados, e tem provocado, o que é pior, a contradição de julgados, **uns** concedendo a atualização pretendida pelos inativos de alguns Estados e denegando-a **outros** aos aposentados dos demais Estados.

Seguramente, contradições tão flagrantes de julgados povo algum terá estrutura suficiente para absorver com tranqüilidade e paciência por muito tempo, e por mais prestigiada que seja a Justiça de um País terá condições bastantes para resistir por muito tempo a tamanho desgaste.

9. A **causa de pedir** e o **pedido** são de particular relevância para a determinação de vários aspectos de uma ação.

Se o que expõe o autor da demanda coletiva como **causa de pedir,** no aspecto ativo, são os interesses ou direitos "difusos" ou "coletivos", cujas notas características são as acima ressaltadas, dentre as quais sobressaem a **natureza transindividual** e o **caráter indivisível,** e no aspecto passivo, a violação desses mesmos interesses ou direitos, e formular ele o **pedido de tutela** coletiva desses interesses ou direitos transindividuais e indivisíveis, é suficiente uma só demanda coletiva para a proteção de todas as pessoas titulares desses interesses ou direitos, "indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato", em se tratando dos "difusos" e de todas as pessoas pertencentes a um mesmo grupo, categoria ou classe "ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base", em se cuidando dos "coletivos". O mesmo se pode dizer em relação a "interesses ou direitos individuais homogêneos, quanto ao processo de conhecimento da demanda coletiva (art. 95, CDC), tanto que a sentença de procedência fará coisa julgada "erga omnes", como às expressas dispõe o art. 103, III, CDC.

Não faz qualquer sentido admitir-se uma segunda demanda para a tutela desses interesses ou direitos difusos ou coletivos, ou mesmo interesses ou direitos individuais homogêneos, mormente se veiculados por um ente legitimado para todo o País, como o Ministério Público[10]. De pronto é constatável a ocorrência de **litispendência.** Poder-se-ia argumentar com a restrição feita no pedido da ação (no caso dos benefícios da aposentadoria, poderia ter sido pos-

tulado o benefício somente em favor dos inativos de um Estado da Federação). A limitação, todavia, é de todo **inadmissível,** pois isso equivaleria a subdividr interesses ou direitos que o legislador, para fins de tutela coletiva, considerou **indivisíveis,** tanto que, no art. 103, ns. I, II e III, do CDC, **conferiu limites subjetivos mais amplos à coisa julgada** nas demandas coletivas, "**erga omnes**" na ação em defesa de interesses ou direitos "**difusos**" e de interesses ou direitos individuais homogêneos, e "**ultra partes**", limitadamente ao grupo, categoria ou classe, na ação que tenha por objeto interesses ou direitos "**coletivos**".

Demais disso, comprometeria, sem qualquer razão plausível, o objeto colimado pelo legislador, que foi o de tratar molecularmente os conflitos de interesses coletivos, em contraposição à técnica tradicional de solução atomizada, para com isso conferir peso político maior às demandas coletivas, solucionar mais adequadamente os conflitos coletivos, evitar decisões conflitantes e aliviar a sobrecarga do Poder Judiciário atulhado de demandas fragmentárias.

Em nosso sentir, assim, todas as demandas "coletivas" propostas nos vários Estados em favor dos aposentados constituem **repetição** da primeira demanda coletiva proposta para o mesmo fim, sendo inquestionável a configuração da **litispendência.**

Se a sentença da primeira demanda coletiva vier a ser favorável ao autor, ou se nela for concedida medida liminar, os inativos de todo o País que se encontrem em idêntica situação, pertencentes à mesma classe ou categoria de pessoas, devem ser igualmente beneficiados, a teor do que dispõe o inciso II do art. 103 do CDC. Caso seja negativo o resultado do processo, mesmo em relação ao pedido de medida liminar, não se pode pensar em propositura de segunda demanda coletiva, a não ser que ocorra a hipótese de "improcedência por insuficiência de provas", prevista no inciso II do art. 103, CDC. A **demanda individual** de cada aposentado, na conformidade do disposto no art. 103, § 1º, CDC, não ficará em nenhuma hipótese prejudicada.

Demandas coletivas com tamanha abrangência devem ser processadas de modo a não sacrificar, para nenhuma das partes as garantias do "due process of law", do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, ns. LIV e LV, Const. Federal).

Sendo a ação intentada, por exemplo, contra a União, em favor de pessoas do mesmo grupo, categoria ou classe espalhadas por todo o território nacional, o **foro competente** deve ser o que resguarde, em benefícios de ambas as partes, as garantias fundamentais do processo acima mencionadas, e semelhante foro seria, atendida a regra do art. 109, § 2º, da Const. Federal, o do Distrito Federal, que é, em tese, o que apresenta acesso mais fácil a todos os interessados e onde a publicidade seguramente será mais ampla, pois ali se localiza o centro político e administrativo do País, e o acompanhamento do processo por ambas as partes e pelo público em geral será bem mais fácil e efetivo.

10. Nessa análise dos **elementos objetivos da ação,** é particularmente importante saber com que fundamento e em que termos é postulada a tutela jurisdicional, pois tal seja a colocação feita pelo autor, podemos estar diante de uma autêntica demanda coletiva para tutela de interesses ou direitos "difusos"

ou "coletivos", de natureza transindividual e indivisível, ou senão a hipótese poderá ser de tutela de interesses individuais, com a incorreta denominação de "demanda coletiva" (eventualmente, poderá tratar-se de tutela coletiva de interesses individuais "homogêneos"[11].

Tome-se o exemplo da ação aforada para o **"desbloqueio de cruzados".** Se a inconstitucionalidade do bloqueio é argüida apenas "incidenter tantum", como mera questão prejudicial para justificar o pedido de desconstituição dos bloqueios individualizados, estamos diante de **demanda individual,** quando muito com pluralidade de partes. Para que a ação seja verdadeiramente uma **demanda coletiva,** o autor deverá, mediante enunciação de causa de pedir adequada (v.g. inconstitucionalidade), postular a desconstituição do **ato geral de bloqueio** de cruzados, postulando provimento jurisdicional que beneficie de modo uniforme todas as pessoas que se encontrem na mesma situação. Mas para isso, no respeitante ao polo passivo da ação, deverá subir alguns graus na hierarquia da estrutura funcional da entidade ré, pois deverá haver perfeita adequação entre o provimento postulado e o legitimado passivo da ação. No caso do "desbloqueio de cruzados", o legitimado passivo para a demanda coletiva, de natureza mandamental, não poderia ser o Delegado Regional do Banco Central e nem mesmo apenas o seu Diretor-Presidente, devendo figurar no polo passivo o próprio Presidente da República, que foi quem decretou, através de medida provisória, o **ato geral de bloqueio de cruzados** (ato normativo dotado de executoriedade).

Nem se poderia pensar, como já ficou visto, em desbloqueio (provimento desconstitutivo) em benefício apenas dos moradores de um só Estado, pois isso significa dividir interesses transindividuais e indivisíveis, que devem ser tutelados molecularmente.

11. A respeito dos **provimentos mandamentais,** cuja categoria aceitamos em que pese às doutas opiniões em contrário tivemos a oportunidade de escrever algumas linhas nos "Comentários" ao Código de Defesa do Consumidor, que merecem ser aqui repetidas em razão de seu freqüente postulação em demandas coletivas.

De início, fizemos uma colocação genérica nos seguintes termos: "Foi **Pontes de Miranda** quem, entre nós, adotou a classificação de KUTTNER, que pôs a **ação mandamental** em categoria distinta da ação condenatória. "A ação mandamental — conceitua o saudoso jurista — é aquela que tem por fito preponderante que alguma pessoa atenda, imediatamente, ao que o juízo manda" (Tratado das Ações, R.T., t. VI, 976, § 1, nº 1, p.3).

Em outra passagem, traz as seguintes ponderações que são bastante elucidativas a respeito da característica específica dessa classe de ação: 'Na sentença mandamental, o juiz não constitui: **'manda'.** Na transição entre o pensamento da sentença condenatória e o ato da execução, há intervalo, que é o da passagem em julgado da sentença de condenação e o da petição da ação **iudicati'.** E acrescenta: "Na ação executiva, quer-se mais: quer-se o ato do juiz, fazendo não o que devia ser feito pelo juiz **como juiz,** sim o que a parte deveria ter feito. No mandado, o ato é o ato que só o juiz pode praticar, por sua estatalidade.

Na execução, há mandados — no correr do processo; mas a **solução** final é ato da parte (solver o débito). Ou do juiz, **forçando**" (Tratado das Ações, R.T., t. I, 1970, § 37, ns. 1 e 2, p. 211). **Ovídio Baptista da Silva** aprofundou o estudo da ação mandamental e em seu livro mais recente (Curso de Processo Civil, vol. II, S.A. Fabris Editor, Porto Alegre, 1990) traz a seguinte magistral síntese de sua pesquisa: 'A ação mandamental tem por fim obter, como eficácia preponderante, da respectiva sentença de procedência, que o juiz emita uma ordem a ser observada pelo demandado, ao invés de limitar-se a condená-lo a fazer ou não fazer alguma coisa. É da essência, portanto, da ação mandamental que a sentença que lhe reconheça a procedência, contenha uma ordem para que se expeça um mandado. Daí a designação da sentença mandamental. Nesse tipo de sentença, o **juiz ordena** e não simplesmente condena. E nisso reside, precisamente, o elemento eficacial que a faz diferente das sentenças próprias do Processo de Conhecimento. Tal como acontece com as ações executivas, também as mandamentais contêm atividade jurisdicional em momento posterior ao trânsito em julgado da sentença de procedência. Na mesma relação processual de conhecimento'. Sustenta que seu campo de aplicação é mais amplo que o considerado pelos primeiros teóricos, pois as ordens podem ser dirigidas não apenas a órgãos e servidores do Estado, como também a particulares, mas, lamenta que, no estágio atual do direito brasileiro, não exista "um parâmetro seguro que nos possa indicar os limites possíveis para as ações mandamentais" e seja, por outro lado, "precária e insegura qualquer tentativa de encontrar o elemento conceitual que as torna diversas das condenatórias" (§§ 147-159 e 172-175, ps. 247-269 e 319-330). Parece-nos, todavia, que o Código de Defesa do Consumidor traz, a respeito, novo alento[12].

Como traço mais marcante dessa modalidade de ação, anotamos que o provimento do juiz "não se restringirá à mera condenação (provimento condenatório na concepção tradicional), mas abrangerá a expedição de **mandamentos** ou **ordens** (ação mandamental) que, se descumpridos, à semelhança das **injunctions** do sistema anglo-saxão ou da **"ação inibitória"** do sistema italiano[13], poderá configurar o crime de desobediência, como ato de afronta à Justiça, e não apenas à parte contrária, e ainda ensejará a adoção de técnicas de sub-rogação de obrigações em outras que permitam a obtenção do resultado prático equivalente ao do adimplemento da obrigação"[14].

E mais em frente, analisando os arts. 83 e 84 do CDC e o art. 11 da Lei nº 7.347/85, tecemos as seguintes observações conclusivas: "não se afigura exagerado afirmar-se que o nosso sistema processual é dotado de **ação mandamental** de eficácia bastante assemelhada à da **'injunction'** do sistema da **'common law'** e à "ação inibitória" do direito italiano. Aliás o ordenamento processual pátrio erige em ato atentatório à dignidade da Justiça o comportamento do devedor que 'frauda a execução', ou 'se opõe maliciosamente à execução empregando ardis e meios artificiosos' ou ainda deixa de indicar ao juiz 'onde se encontram os bens sujeitos à execução" **(art. 600,** C.P.C.) e prevê no art. 601, C.P.C., a penalidade processual correspondente. Se é possível entender-se assim em relação aos atos processuais voltados à realização da execução, com maior razão se poderá colocar a conduta recalcitrante do demandado, em relação ao pro-

vimento expedido pelo magistrado para a tutela efetiva do direito dos consumidores, no plano da ofensa à dignidade da Justiça e ao regular exercício da função estatal de tutela jurídica processual.

Certamente está consagrado nesses dispositivos um instituto semelhante ao do **contempt of court** dos ordenamentos da **'common law'**.

As **Ordens judiciais**, no sistema processual pátrio, devem ser executadas, em linha de princípio, em sua forma específica, sob a pena de uso da violência oficial para seu efetivo cumprimento, como deixam claro, entre outros, os **arts. 362** (exibição voluntária de documento ou coisa pelo terceiro, ou expedição de mandado de apreensão e requisição, se necessário, da força policial, tudo 'sem prejuízo da responsabilidade por crime de desobediência'), **412** (possibilidade de condução coercitiva da testemunha que deixar de comparecer à audiência sem justo motivo, além de responder pelas despesas do adiamento) e **842** (busca e apreensão de pessoas e coisas com possibilidade de arrombamento das portas externas e internas e de quaisquer imóveis).

O **art. 340** do Código Penal, ao tipificar como delito a **desobediência** a ordem legal de funcionário público, completa todo esse quadro, tornando perfeitamente admissível a adoção entre nós da **ação mandamental** de eficácia próxima à da **'injunction'** do sistema da **common law'** e da **"ação inibitória"** do direito italiano.

A chamada **ação mandamental**, de que é exemplo a ação de mandado de segurança, constituiu um exemplo dessa evolução. Não se confunde ela, embora as inegáveis semelhanças, com a ação condenatória... Esta dá origem ao título executivo que, em não sendo cumprida a condenação espontaneamente pelo demandado, possibilitará o acesso a uma outra ação, que é a de execução de sentença. A **mandamental**, à semelhança das ações executivas **'lato sensu'**, não reclama uma ação de execução 'ex intervallo', pois é o próprio juiz que, através de expedição de ordens, que se descumpridas farão configurar o crime de desobediência, e de **realização pelo juiz de atos materiais** (como o fechamento de um estabelecimento comercial ou industrial, ou a cessação efetiva da publicidade enganosa (se necessário, com impedimento da circulação do veículo de publicidade, da interrupção da veiculação de um anúncio pela televisão, etc.), ou a retirada do mercado, com uso de força policial, se necessário, de produtos e serviços danosos à vida, saúde e segurança dos consumidores), faz com que o comando da sentença seja cumprido de modo específico"[15].

12. A admissão da categoria **"ação mandamental"** (também a "ação civil pública" pode assumir semelhante feição, conforme o tipo de provimento nela reclamado — cfr. art. 11 da lei nº 7.347/85 e considerações supra) tem profundas implicações no modo e na forma de execução do comando emergente da sentença, certo é que, nesse tipo de ação, como ocorre com a ação de mandado de segurança, não há execução **ex intervallo** por quantia certa (a não ser em relação às prestações que se vencerem a partir do ajuizamento da ação até a concessão da liminar ou prolação da sentença final).

Em relação às prestações que se vencerem a partir de ordem judicial favorável ao autor, não há falar-se em **ofício requisitório** a que alude o art. 100 e

parágrafos da Const. Federal, certo é que não se cuida de sentença condenatória que dê origem à formação de título executório contra a Fazenda Pública, e sim, conforme acima ficou visto, de **mandamento** a ser cumprido desde logo e de forma específica.

13. Em suma, a natureza verdadeiramente coletiva da demanda depende não somente da legitimação ativa para a ação e da natureza dos interesses ou direitos nela veiculados, como também da causa de pedir invocada e do tipo e abrangência do provimento jurisdicional postulado, e ainda da relação de adequação entre esses elementos objetivos da ação e a legitimação "ad causam" passiva.

Da correta propositura das demandas coletivas dependerá o êxito de todo o instrumental processual criado pela lei nº 7.347/85, pelo CDC e por outras leis especiais. Da combinação da eficácia desse instrumental com a de incidente processual (a ser concebido pelo legislador processual, aliás já em fase adiantada de estudos por parte de uma Comissão Especial de Juristas) que permita a **molecularização das demandas múltiplas (atomizadas)** e pertinentes sempre, num dos polos da ação, a um mesmo demandante, ordinariamente um ente público, incidente esse a ser instaurado perante os Tribunais e cuja função precípua será a de definir, em termos definitivos e para vários fins práticos (como o de permitir ou impedir a antecipação do provimento satisfativo a partir da fixação de Súmula) o exato alcance da questão de direito comum nessas demandas múltiplas, poderemos ter, com tudo isso, um processo realmente dotado de efetividade, capaz de tutelar adequadamente os direitos das partes e de possibilitar o resgate da imagem, hoje muito abalada, do nosso Poder Judiciário, pela redução sensível do número de demandas individuais e pela maior uniformidade e eficácia mais potenciada das decisões de nossas Cortes de Justiça.

NOTAS:

(*) Artigo a ser publicado em obra coletiva intitulada "As Garantias do Cidadão na Justiça", sob a coordenação do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Saraiva, no prelo.

(1) Excluídos a ação popular constitucional e o dissídio coletivo do processo trabalhista, a primeira disciplina legal mais sistemática, no campo do processo civil, somente teve início em 1985, com a Lei nº 7.347. A Constituição Federal de 1988 criou o "Mandado de Segurança Coletivo" (art. 5º, nº LXX).

(2) A tutela coletiva abrange não somente os interesses e direitos **essencialmente coletivos**, que são os "difusos" e "coletivos" propriamente ditos, como também os de natureza coletiva apenas na forma em que são tutelados, que são os "individuais homogêneos", definidos no art. 81, par. único, nº III, CDC. Os arts. 91 a 100 desse estatuto legal disciplinam a ação coletiva para esse fim.

(3) As "class actions" americanas foram introduzidas nos Estados Unidos no início do séc. XIX (Michele Taruffo "I Limiti Soggettivi del Gindicato e Le 'Class Actions'", **in** Revista di Diritto Processuale, 1969, p. 619). Elas se filiam ao "Bill of Peace" do Direito Inglês ("Civil Procedure, Jack H. Friedenthal, Mary Kay Kane e Arthur R. Miller, 1985, p. 723; "Civil Procedure", Steven Emanuel, 1988, p. 247; "Class Actions" e Mandado de Segurança Coletivo, José Rogério Cruz e Tucci, Saraiva, 1990, p. 11).

(4) "Civil Procedure", Jonathan M. Landers, James A. Martin e Stephen C. Yeazell, 2ª ed., 1988, pp. 545-546.

(5) Mary Kay Kane traz a respeito as seguintes observações: "Current opinion is greatly divided as to the actual utility of class actions. Critics point to the fact that many of the suits filed in the last few years have been extremely burdensome, costly and time-consuming, and only a few have reached

judgment. Further, class action filings have increased dramatically, to a point at which it is argued that they have become stryke suits, filed by attorneys seeking fat fees but producing few other real benefits" (Civil Procedure in a Nutshell", 1979, pp. 226/227).

(6) "Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi", ANDREA PROTO PISANI, **in** Le Azioni a Tutela di Interessi Collettivi, Atti del convegno de studio, Cedam, 1976, pp. 276-277. Justifica semelhante entendimento com a invocação do magistério de ANDRIOLI (Lezioni, I, 1973, p. 300), que anota a existência de "settori piú o meno vasti della vita sociali nella quale l'autonomia privata (ed aggiungesi: collettiva) non si dimonstra il mezzo piú idoneo a dare assetto ai rapporti umani vuoi perché vi sono impegneti interessi di collettività piú o meno vaste non sempre organizzate e ancor meno personalizzate, vuoi perché lo Stato vi ripone piú omeno intensamenet interesse".

(7) José Carlos Barbosa Moreira, "A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados "interesses difusos", **in** Temas de Direito Processual, 1ª série, Saraiva, 1977, ps. 110-123, e "A legitimação para a defesa dos "interesses difusos" no Direito Brasileiro", **in** Temas de Direito Processual, 3ª série, Saraiva, 1984, ps. 183-192; Ada Pellegrini Grinover, "A problemática dos interesses difusos", **in** Tutela dos Interesses Difusos, Coord. de Ada Pellegrini Grinover, Max Limonad, 1984, ps. 29-45; Rodolfo de Camargo Mancuso, Interesses Difusos, R.T., 1988, ps. 57-105 e "Interesses Difusos: conceito e colocação no quadro geral dos "interesses", **in** Rev. Processo, nº 55, 1989, ps. 165-179; Antonio Augusto Mello de Camargo Ferrazz, Edis Milaré e Nelson Nery Júnior, A Ação Civil Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos, Saraiva, 1984, ps. 54-59; Hugo Nigro Mazzilli, A defesa dos interesses difusos em juízo, R.T., 1988, ps. 9-10; Péricles Prade, Conceito de Interesses Difusos, R.T., 2ª ed. 1987; Lúcia Valle Figueiredo, Direitos Difusos na Constituição de 1988", **in** Rev. Dir. Público, nº 88, 1988, ps. 103-107; Waldemar Mariz de Oliveira Jr., "Tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos", **in** Rev. de Processo, nº 33, ps. 7-25; José Domingos da Silva Marinho, "Ministério Público e tutela jurisdicional dos interesses difusos", **in** Rev. Processo, nº 36, 1984, ps. 114-127; Kazuo Watanabe, "Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos: A Legitimação para agir", **in** A Tutela dos Interesses Difusos, coord. de Ada Pellegrini Grinover, Max Limonad, 1984, ps. 85-97.

(8) Vincenzo Vigoriti, Interessi Collettivi e Processo, Giuffre, 1979, ps. 58-62; Rodolfo de Camargo Mancuso, "Interesses difusos: conceito e colocação...", cit.

(9) A Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989, institui uma forma de **class action** para a tutela dos interesses dos investidores no mercado de valores mobiliários, mas conferiu apenas ao Ministério Público a legitimação para agir e deu um tratamento bastante diferenciado do adotado pelo Código. Também na ação coletiva para a tutela de interesses individuais homogêneos, a nota marcante do processo de conhecimento, que se encerra com a sentença de que cuida o art. 95, CDC, é também a indivisibilidade do bem jurídico tutelando, tanto que a sentença de procedência fará coisa julgada "erga omnes".

(10) Comentando o § 2º do art. 82 do CDC, vetado pelo Presidente da República, tivemos a oportunidade de tecer as seguintes considerações sobre o "Parquet": "Na verdade, o **Ministério Público é uma instituição nacional**, presidida pelos princípios da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional, ao que se extrai do § 1º do art. 127 da Constituição Federal. É ele integrado (art. 128, C.F.): **I)** pelo Ministério Público da União, que compreende o Ministério Público Federal, o Ministério Público do Trabalho e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; e **II)** pelos Ministérios Públicos dos Estados.

A autonomia de cada um desses Ministérios Públicos setoriais é apenas administrativa, tendo cada qual uma estrutura e carreira próprias. Em termos institucionais, é uma única entidade de âmbito nacional.

Haveria, assim, certa impropriedade técnica em se falar em letisconsórcio entre os vários órgãos de uma mesma instituição. Tecnicamente, mais apropriado seria, certamente, falar-se em representação da instituição.

Ocorre que, a própria necessidade de divisão de trabalho que levou à criação de vários órgãos do Ministério Público, com atribuição específica de tarefas diferenciadas a cada um deles, seja por razão territorial, seja por razão de matéria, fez com que, tradicionalmente, esses órgãos atuassem com a indicação do setor que lhes compete. Assim, o Ministério Público do Estado de São Paulo tem agido com a indicação da unidade da Federação a que pertence, o Ministério Público do Trabalho, com a menção da área que lhe toca, e assim por diante.

O dispositivo vetado, repetido no § 5º do art. 5º da Lei nº 7.347/85, que não foi objeto de veto, como já mencionado, teve apenas o propósito de explicar a admissibilidade de atuação conjunta dos vários órgãos do Ministério Público, desde que o objeto do processo tenha compatibilidade com as atribuições que, nos termos da lei, lhes tocam. E a explicitação é necessária para que não se consolide na doutrina

e na jurisprudência e entendimento de que o Ministério Público Estadual não pode atuar na Justiça Federal e o Ministério Público Federal na Justiça Estadual. Desde que a defesa dos interesses e direitos difusos e coletivos esteja dentro das atribuições que a lei confere a um órgão do Ministério Público, a este é dado atuar em qualquer das Justiças, até mesmo em atuação conjunta com um outro órgão do Ministério Público igualmente contemplado com a mesma atribuição. A alusão ao 'litisconsórcio' é feita, precisamente, para consagrar a possibilidade dessa atuação conjunta, com o que se evitarão discussões doutrinárias estéreis a respeito do tema e, mais do que isso, um inútil e absurdo conflito de atribuições, que não raro revela muito mais uma disputa de vedetismos do que defesa da atribuição privativa de um órgão do Ministério Público."

(11) Embora o texto legal (art. 91, CDC) aparentemente admita apenas ações de condenação em dinheiro na tutela coletiva de "interesses individuais homogêneos", ("ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos", diz o dispositivo) **não é irrazoável pensar-se em alargamento** do campo de aplicação dessas ações, fazendo-as abranger também as obrigações de fazer ou não fazer. Nessa aplicação, porém, é sempre necessário verificar se o réu da ação é o legítimo contraditor para a demanda assim alargada.

(12) Comentários ao Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Hermann de Vasconcelos e Benjamin, Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe, Nelson Nery Júnior e Zelmo Denari, F.U., 1992, pp. 503-504.

(13) F. H. Lawson, Remedies of English Law, London, 1980, ps. 173 e segs.; John F. Dobbyn, Injunctions, St. Paul, Minn., 1974; Aldo Frignani, L'Injunction nella Common Law e L'Inibitoria nel Diritto Italiano, Giuffre, 1974; Cristina Rapisarda, Profili della tutela civile inibitoria, Cedan, 1987; Roberto Molina Pasquel, Contempt of Court, México, 1954.

(14) Comentários ao Código Brasileiro de Defesa do Consumidor cit., ps. 503-504

(15) Comentários ao Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, cit., ps. 524-526.