

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

DIFERENÇAS DE TRATAMENTO DAS SANÇÕES PROCESSUAIS EM
AÇÃO CIVIL PÚBLICA

ROBERTA SOARES GUSMÃO DOS SANTOS

RIO DE JANEIRO

2008

ROBERTA SOARES GUSMÃO DOS SANTOS

**DIFERENÇA DE TRATAMENTO DAS SANÇÕES PROCESSUAIS EM
AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio de Janeiro,
como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.**

Professor Carlos Alberto Meirelles de Abreu

RIO DE JANEIRO

2008

Santos, Roberta Soares Gusmão dos
Diferença de tratamento das sanções processuais em Ação Civil
Pública/ Roberta Soares Gusmão dos Santos – 2008.
76f.

Orientador: Carlos Alberto Meirelles de Abreu
Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio
de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de
Direito.

Bibliografia: f.75.

1. Ação Civil Pública- Monografia. 2. Sanções Processuais. I.
Abreu, Carlos Alberto Meirelles de. II. Universidade Federal do
Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas.
Faculdade de Direito. III. Título.

CDD 341.4182
CDU

ROBERTA SOARES GUSMÃO DOS SANTOS

**DIFERENÇA DE TRATAMENTO DAS SANÇÕES PROCESSUAIS EM
AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

**Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio de Janeiro,
como requisito parcial para obtenção do
título de Bacharel em Direito.**

Data de aprovação: ___/___/___

Banca Examinadora:

Carlos Alberto Meirelles de Abreu – Presidente da Banca Examinadora

Prof. Universidade Federal do Rio de Janeiro – Orientador

Roberto Monteiro Litrento

Prof. Universidade Federal do Rio de Janeiro

À minha querida avó, Juracy Gonzaga de Menezes; ao meu grande companheiro e amigo, Pedro Paulo Dayrell Rossi e à minha grande amiga Mariana Izidoro Zanardi do Prado.

AGRADECIMENTOS

Ao meu orientador, Prof. Carlos Alberto Abreu, pelos conselhos sempre úteis e precisos com que, sabiamente, orientou este trabalho.

Ao meu companheiro e grande amigo Pedro Paulo Dayrell Rossi pelo apoio incondicional em todas as horas.

À minha amiga Raquel de Andrade Vieira Alves pelo conhecimento das normas da ABNT.

RESUMO

SANTOS, Roberta Soares Gusmão. Diferença de tratamento das sanções processuais em Ação Civil Pública. 2008. 76 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Analisam-se as diferenças de tratamento dentre os legitimados ativos para a propositura da ação civil pública, em caso de sucumbência e de condenação por litigância de má-fé. Para melhor compreensão do tema, a primeira parte volta-se à análise dos aspectos conceituais e históricos do instituto da Ação Civil Pública, focando-se em especial na definição do objeto, os direitos coletivos e difusos e da legitimidade. Apresenta o processo coletivo e a ação civil pública, sendo que este primeiro é instrumento de procedimento do segundo. Na segunda parte há uma fiel descrição da legislação atual sobre o tema, focando-se também no processo civil comum e criando um parâmetro, para depois apresentar crítica a estes dispositivos. Na terceira parte, apresenta as diversas correntes que surgiram a partir desta legislação, bem como as diversas jurisprudências, apresenta as soluções mais usadas pela doutrina, além de soluções futuras aos problemas elencados, como a produção de um Código de Processo Coletivo Brasileiro.

Palavras – Chave: Ação Civil Pública, Sanções Processuais.

ABSTRACT

SANTOS, Roberta Soares Gusmão. Diferença de tratamento das sanções processuais em Ação Civil Pública. 2008. 76 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

It examines the differences in treatment among all the legitimates to purpose the action called in Public Civil Action or class actions, in the event of conviction, and bad faith in the procedure of these kind of actions. For better understanding of the subject, first the paper analyses the conceptual and historical aspects of the studied institute, focusing, in particular, in the definition of the object, the types of rights that are protected by these actions and legitimacy. Presents the collective process, witch is the procedure to the class action. In the second part there is an accurate description of the current legislation on the subject, focusing on the formal details that are required to an action, to create a parameter, and then criticize the devices. In the third part, presents the variety of thoughts about the subject, that have emerged from this legislation as well as various case laws, presents the most used by doctrine, as well as future solutions to the problems listed, such as the production of a Code of Procedure Collective Brazilian.

Key- Words: Public Civil Action; Class Actions; Sanctions Procedure.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 BREVE HISTÓRICO	13
3 DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS	17
4 PROCESSO COLETIVO	21
4.1 Conceito	22
4.2 Características	22
4.3 Legitimidade ativa	25
4.4 Liquidação e execução de sentença	27
4.5 Coisa julgada	29
4.6 Regras para sucumbência	31
5 AÇÃO CIVIL PÚBLICA	32
5.1 Conceito	32
5.2 Legitimidade ativa	36
5.3 Características	39
5.4 Regras para sucumbência	41
6 DAS RESPONSABILIDADES DAS PARTES POR DANO PROCESSUAL	42
7 REGIME JURÍDICO GERAL DE ADIANTAMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS E PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA NAS AÇÕES COLETIVAS	48
8 SANÇÕES PROCESSUAIS NAS AÇÕES COLETIVAS	49
9 AS POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS	60
9.1 Quanto ao princípio da isonomia	60
9.2 Quanto ao décuplo das custas	64
9.3 Quanto aos legitimados ativos	66
9.4 MP: um caso à parte	67
10 CONCLUSÃO	72
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	75

1 INTRODUÇÃO

Ação Civil Pública (ACP) é a ação proposta pela união ou seus entes federados, visando proteger ou reparar um dano iminente ou de fato aos interesses difusos e coletivos.

É regulada pela Lei da Ação Civil Pública (LACP) nº 7347 de 24 de julho de 1985.

Sua finalidade principal é instrumentalizar a tutela individual dos interesses coletivos, para que haja efetiva garantia constitucional de assistência jurídica integral e gratuita a quem dela necessite.

A ação tem por objeto os direitos difusos e coletivos, que têm relação com a qualidade de vida, o bem estar de um grupo de pessoas.

O artigo 1º da lei que regula a Ação Civil Pública define o objeto da mesma em termos mais específicos:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

I- ao meio-ambiente;

II- ao consumidor;

III – à ordem urbanística;

IV – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

V - por infração da ordem econômica e da economia popular;

VI - à ordem urbanística.

Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados.¹

É pacífico entre a doutrina, que esse rol é exemplificativo, ou seja, qualquer bem coletivo insuscetível de divisão, no qual a lesão represente lesão para toda a coletividade, é objeto de interesse difuso ou coletivo e, portanto, pode ser objeto de ACP.²

Como exemplo mais comum desse tipo de ação, temos a Ação Civil Pública no que tange à defesa do meio ambiente. Ações propostas para controle da poluição do ar,

¹ BRASIL. Lei 7.347/85. Lei que regula a Ação Civil Pública, após modificação dada pela pelas Leis 8.884/94 e 8.078/90.

² DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo Coletivo. 3. ed. Salvador: Juspodvim, 2008. v.4 p. 236.

planejamento do uso do solo, controle da qualidade da água, etc. Logo em seguida, temos as Ações Cíveis Públicas propostas para a proteção do trabalhador e sobre o direito do consumidor. Esses são os tipos mais comuns desse tipo de ação.

É flagrante que a ACP tem por objeto direitos subjetivos que são extremamente importantes para a sociedade, por isso, sua legislação preocupou-se em definir os legitimados para propô-la de forma restrita, mas que não prejudicasse o acesso à justiça da coletividade, que é a verdadeira titular do direito protegido. Por conta disso, podemos dizer que a Ação Cível Pública é um tipo de ação coletiva, que tem regulamentação própria, diferentes do processo civil comum.

Para que esse objeto seja eficazmente protegido, é preciso um rol de legitimados ativos e passivos, bem expressivo. Até 2007, o rol de legitimados era muito menor, e uma recente lei, a Lei nº 11.448, ampliou este rol, incluindo de uma vez por todas, entes federados despersonalizados, como as Defensorias Públicas, que já eram legitimados pelo entendimento da doutrina e jurisprudência, por sua pertinência temática, e agora têm embasamento legal para protelar.

Por ser de grande importância e por ter sua regulamentação diversa, esse instrumento também é regulado no que tange às sanções processuais. A sua lei, em seus artigos 17 e 18, tratam desse assunto, desde 1985, quando a lei foi promulgada, e o país ainda não havia definido como seria a nova democracia que se instalava no país.

A Constituição veio, alterou alguns aspectos dos direitos difusos e coletivos e estes dispositivos da LACP, foram logo modificados pela Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor (CDC). Deixaram sua redação truncada e dando margem a diversas interpretações, inclusive algumas que tornariam estes dispositivos inconstitucionais, violando diversos direitos fundamentais, como o acesso à justiça e da igualdade entre as partes.

Apesar do avançado de tempo – o CDC já tem sua maioria completa - a doutrina ainda diverge sobre o assunto, e se limita a tecer apenas pequenas discussões. Pouco se encontra sobre o tema e o que se encontra, está como os dispositivos acima citados: truncado e mal redigido.

Um estudante de graduação que se interesse por este tema, ainda tem que consultar diversos livros, muitos deles nem falam desse assunto, ou nem tratam dessa divergência, e os que tratam, o fazem, às vezes, sem sucesso.

Um tema de Processo Civil que envolve discussão constitucional, não deve ser subestimado e esta monografia vem para sanar o problema, apresentando o tema de forma clara e concisa.

Essa monografia apresenta conteúdo em linguagem clara e concisa, para que qualquer estudante, quer esteja iniciando sua graduação ou terminando, encontre as respostas para suas perguntas sobre as diversas correntes doutrinárias, tangentes às sanções processuais na Ação Civil Pública.

2 BREVE HISTÓRICO

As ações coletivas tiveram sua origem no Direito Romano, que atribuía a qualquer cidadão o poder de agir em defesa da coisa pública, já que era a ligado a ela por forte vínculo natural. Diziam que a República pertencia ao cidadão romano e que interessava a ela que muitos fossem defensores de sua causa. (*Republicae interest quam plurimus ad defendam suam causa*).³

Logo após, surgiram as ações coletivas “das classes”, que antecederam às *class actions* americanas e às ações coletivas que encontramos em nosso ordenamento jurídico hoje.

A evolução parou por aí, já que, até o século XIX, poucas foram as influências nas ações coletivas, do modo que as temos hoje.

O individualismo, a idéia da autonomia da vontade e da propriedade individual, fizeram a tutela de massa recuar em seu desenvolvimento, as legislações eram mais no sentido de que somente o titular do direito lesado, podia demandar sobre ele. O objeto das ações coletivas, claramente democrático, não poderia mais existir, portanto, este tipo de ação teve sua evolução descontinuada.

Dava-se início aos Estados- Nação, sem espaço para o Direito da Coletividade, preocupava-se apenas com o indivíduo.⁴

Sob esta influência nascia o nosso primeiro Código Civil, em 1916, que, seguindo esta tendência, proibia o direito de demanda cível se o próprio autor não tivesse sido atingido diretamente pela lesão causada. Não havia característica pública nos dispositivos do código que legitimavam para propor ação, bem como não havia característica no restante do código, as ações públicas do Direito Romano, que aqui eram usadas, caíram definitivamente por terra e foram prejudicados quaisquer tipos de tutelas coletivas conhecidas.

Esse assunto, só voltaria a ser matéria de legislação em 1934 quando, na Constituição, houve a menção às ações populares. Apesar disso, logo após, com a Constituição outorgada de 1937, fora retirada do ordenamento jurídico brasileiro, já que este tipo de ação democrática não combina com o regime de governo ditatorial.

Em 1946, a tutela coletiva volta à Lei Maior vigente, porém timidamente, sem uma regulamentação, que viria a existir somente em 1965. Surgiram leis esparsas, regulando tipos de ações populares, entretanto.

³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007 p. 37-41.

⁴ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo Coletivo. 3. ed. Salvador: Juspodvim, 2008. v.4. p. 26

Nesse cenário de estudo que, em 1965, finalmente surge a Lei nº 4717 de 29 de junho de 1965, a Lei das Ações Populares, que regula as ações populares, outro tipo de ação coletiva.

Após essa promulgação, muitos estudos foram realizados até que novamente surgisse uma lei. Apesar do ramo das ações coletivas não ter sido desenvolvido na Europa, os italianos fizeram diversos estudos sobre o assunto, e foram estes estudos que influenciaram, na década de 1970, os doutrinadores brasileiros. Com eles, criam-se as ações coletivas brasileiras e regulam-se as já existentes.

No fim da década de 70, já eram diversos os estudos sobre o assunto, inclusive aqueles que definiam os tipos de direitos protegidos pelas tutelas coletivas, já notando o grande crescimento do papel desempenhado pelos membros da sociedade, com o advento desses “novos” direitos, elabora-se um projeto para regulamentar a ação civil pública, criado justamente para regular, criando um procedimento para resolver grandes impasses criados pelo grande número de ações que revelavam a efetivação dos direitos de massa.

Já na década de 1980, no mundo, o Estado Social começava a decair e começava a surgir as primeiras preocupações com o meio ambiente. Popularizam-se os Direitos Fundamentais de 3ª geração e, nos EUA, consolidam-se as “*class actions*”.

“*Class Actions*”, em sua tradução literal “ações de classe”, são um tipo de processo baseado na equidade, unitário e simultâneo que afere a comunhão de interesses de dos membros da classe. Esse tipo de ação, ainda na década de 70, juntamente com os estudos italianos, inspirou o legislador brasileiro na criação de um microssistema que regulasse os processos coletivos e seguem o mesmo sentido: ambas usam uma sentença única, às vezes genérica para a reparação dos danos criados pela violação aos direitos coletivos da classe e surgiram nos EUA pela necessidade de proteger grupos de indivíduos em casos de lesão em que, não haveria a reparação do dano, pois geraria uma tutela custosa, complicada e onerosa.⁵ As “*class actions*” adequavam a representação do grupo de indivíduos, que eram os verdadeiros titulares de direito; vinculou a coisa julgada e deu amplos poderes ao juiz do caso. Mudava completamente o modelo litigioso existente e o processo civil de interesse público.⁶

No país, o contexto histórico também se modificava com o fim da ditadura militar, e a redação de uma Constituição própria de um Estado Democrático. O Poder Constituinte

⁵ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo Coletivo. 3. ed. Salvador: Juspodvim, 2008. v.4. p. 58

⁶ *Ibid* p.59 e 60. Podemos observar, ao analisar as leis atuais brasileiras, que tratam da tutela coletiva, o quanto esse sistema influenciou o nosso ordenamento jurídico, porém somente em alguns aspectos.

Originário preocupa-se em construir uma Carta Cidadã, instituindo em seu corpo, as garantias e direitos fundamentais de 1^a, 2^a e 3^a geração.⁷

Daí, em 1985 é a vez de a Ação Civil Pública ganhar uma legislação. Em 24 de julho é publicada a Lei de Ação Civil Pública, que regulamenta o tipo de ação que visa proteger os interesses difusos e coletivos.

É num cenário de grande concentração urbana e relações sociais cada vez mais desiguais entre as partes, que se encontram as primeiras formas eficientes de acesso coletivo à justiça, para essa proteção se tornar mais eficaz, nada melhor que incluir os institutos de tutela coletiva, na Constituição da República.

O fato de incluírem os Direitos Difusos na Carta Magna, apenas reforçou o caráter de relevância da lei promulgada alguns poucos anos antes, a Lei de Ação Civil Pública (LACP) nº 7347 de 24 de julho de 1985, que agora é matéria constitucional, encontrada nos artigo 129, III:

“Art.129. São Funções institucionais do Ministério Público:

II- promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.”⁸

Assim, fica evidente o papel da ACP no ordenamento jurídico, que é proteger os direitos inseridos no chamado direito de 3^a geração, entretanto não é somente a ação civil pública que é elevada a matéria constitucional e sim toda a tutela coletiva, conforme art 5º incisos XXXII, LXX e LXXIII.

O mais importante é verificar que todo e qualquer instrumento que proporcionasse a tutela coletiva passa a ser Direito Fundamental e quedou-se tão importante que a palavra “coletivos” foi inserida no Capítulo I do Título que trata dos Direitos Fundamentais, tamanha a popularidade dos interesses difusos.

Já em 1989 surge a primeira lei que modificaria a Ação Civil Pública, a Lei nº 7913/89, que cuida da reparação dos danos causados aos investidores no Mercado de Valores Imobiliários, que fala também da ação do Ministério Público (MP) e associações.

⁷ LOPES, Edgard de Oliveira, Os direitos fundamentais sob ótica das influências ético filosóficas, consoantes magistério de Hans Kelsen, Miguel Reale e Willis Santiago Guerra Filho, mar. 2002. Site Jus Navigandi. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2872>. Acesso em 20 set. 2008. Os direitos fundamentais de 1^a geração são os direitos civis e políticos, a liberdade clássica, tendo como palavra-chave a “liberdade”; os direitos fundamentais de 2^a geração são os econômicos, sociais e culturais, identificam-se com as liberdades positivas, reais e concretas, sua palavra-chave é “igualdade”; os direitos fundamentais de 3^a geração têm como palavra –chave “fraternidade” e são as titularidades coletivas, têm como destinatário o homem e por isso também são chamados de direitos difusos.

⁸ BRASIL. Constituição da República de 05 de outubro de 1988.

No ano seguinte, em 1990, é publicada a Lei nº 8078 de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor e, apesar de inúmeras leis, incluindo medidas provisórias, mudarem vários dispositivos da LACP posteriormente, esse foi o último a efetivamente mudar as regras para proposições de Ações Coletivas, inclusive com mudanças importantes.

Dentre as legislações que modificaram a LACP, o CDC é, sem dúvida, uma das mais importantes para o desenvolvimento do tema, porque trata do assunto de uma forma geral e consagra, de uma vez por todas, o significado do ainda neologismo “interesses difusos”, já mencionados na lei de 1985, mas quase não explorado por ela.

Foi o modificador dos artigos mais relevantes que tratam da ACP nos dias de hoje, pois geram a maior controvérsia. Trata, em seu Capítulo III dos interesses individuais homogêneos, os decorrentes de origem comum, que ainda não haviam sido mencionados no ordenamento jurídico brasileiro, porém esclarecidos nesse diploma legal e logo usado freqüentemente pela doutrina e jurisprudência.

Mesmo com diversas modificações, a legislação de processo coletivo brasileira ainda deixa por demais a desejar, causando diversas divergências entre a doutrina e precisando com urgência de reformas.

Dezoito anos já se passaram e um projeto de Código de Processo Coletivo Brasileiro ainda encontra-se parado, na forma de anteprojeto, aguardando avaliação do Ministério da Justiça. Enquanto isso, a população deve se contentar com as leis elaboradas há muito tempo, e num momento histórico de transição, que muito causaram e causam problemas para interpretação e aplicação dos seus dispositivos.

3 DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

A Ação Civil Pública, de acordo com a LACP, trata dos interesses difusos e coletivos.

Interesses difusos são aqueles transindividuais de natureza indivisível e cujos titulares sejam pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato, não existindo um vínculo comum de natureza jurídica.⁹

Direitos transindividuais, são também chamados de metaindividuais ou supraindividuais, e são aqueles pertencentes a uma coletividade. Para ser coletividade é necessário um número expressivo de pessoas, ligadas por um mesmo tipo de conexão.

A natureza indivisível vem do fato que esse direito só pode ser considerado como um todo, não sendo possível especificar qual parte do direito pertence a qual pessoa da coletividade.

Por essas duas características acima, os titulares do direito são pessoas indeterminadas, são pessoas daquela coletividade, quem possuem aquele direito indivisível, mas não é possível definir quem receberá aquele direito, não há individualização.

Para as pessoas serem ligadas por uma circunstância de fato, sem que haja vínculo comum de natureza jurídica, basta que um fato atinja a coletividade a qual o direito pertence com um todo, como por exemplo, uma propaganda enganosa veiculada em um jornal que circula por uma região.¹⁰ Não há vínculo jurídico entre eles, pois não houve nenhuma lei que os ligasse, como por exemplo, um contrato, o que houve foi um fato: a veiculação do jornal.

Essa propaganda somente atingirá o grupo de pessoas daquela região na qual o jornal é circulado, não atingirá todas as pessoas, mas sim uma coletividade de pessoas, que mora naquela região e recebe aquele jornal. O direito que todas às pessoas têm à informação, à moralidade administrativa, o próprio direito do consumidor daquelas pessoas fora violado, e todos que moram na região possuem esses direitos, individualmente e também como um todo, porém não há como dizer quais daquelas pessoas foram realmente atingidas pela propaganda enganosa, não há como dizer quais delas leram ou lerão o jornal no qual se encontra a propaganda, não há uma relação jurídica base entre as pessoas e o jornal, mas não há como definir quem foi realmente prejudicado por ele, sendo certo que, todos têm o potencial risco de ter o seu direito violado pela veiculação do jornal.

⁹ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo Coletivo. 3. ed. Salvador: Juspodvim, 2008. v.4. p.76

¹⁰ Loc. Cit.

Os interesses coletivos são divididos em direitos coletivos *latu sensu* ou *stricto sensu*. Os chamados de interesses coletivos *latu sensu* serão todos tratados por esse capítulo (difusos, coletivos e individuais homogêneos), é como são chamados esses tipos de direito. Por outro lado, os interesses coletivos *stricto sensu* são aqueles transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular um grupo, categoria ou classe de pessoas, ligadas entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base.¹¹

Já notamos que nos interesses coletivos, é necessária uma concreta identificação entre as pessoas titulares do direito, elas devem ser determináveis quanto a um grupo ou categoria ou classe. Podemos incluir aí um grupo de sindicalistas, ou até mesmo um grupo de contribuintes de um determinado imposto.

Além disso, a relação jurídica base deve existir e ser anterior à lesão do direito, pois se for lesão posterior será caracterizado o direito difuso.

Ou seja, a determinabilidade diferencia os direitos coletivos dos difusos e a identificação do grupo, categoria ou classe, mas é importante ressaltar que em todos os sentidos há a fuga da dicotomia tradicional de uma lide entre credor e devedor.

Essa também era a matéria a ser tratada pela Ação Popular e qualquer outro instrumento de processo coletivo.

Durante muito tempo, somente esses eram os interesses passíveis de tutela coletiva, porém, observou-se que existem ainda mais direitos que envolviam um objeto único para uma coletividade de pessoas, já em 1978, em palestra na OAB, uma das criadoras do anteprojeto do CDC, a professora Ada Pellegrini, já falava em diversas categorias de tutela coletiva, chamando-os de “tutela de interesses difusos”. Importante notar que, suas anotações foram feitas antes da Constituição de 1988, e até mesmo antes da promulgação da LACP, mas mesmo assim ainda é atual. Dizia Ada que: “todos têm noção do significado da importância que assumem, hoje, as formações sociais e os corpos intermediários portadores de interesses metaindividuais, próprios de uma sociedade de massa.” (informação verbal)¹², já frisando que todo direito coletivo *stricto sensu* e direito difuso, vem de um direito metaindividual.¹³

E continua, dividindo os interesses transindividuais em três: interesse público, interesse coletivo e difuso. Sendo o primeiro, o interesse do Estado, mas que todos da

¹¹ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo Coletivo. 3. ed. Salvador: Juspodvim, 2008. v.4. p. 76

¹² FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Ação Civil Pública: comentários à Lei 7.347*. 1. ed. Campinas: Julex Livros, 1987. p. 15. Informação verbal dada pela professora Ada Pellegrini na já mencionada palestra, traduzida para os escritos do livro citado.

¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1999. p. 735. Importante ressaltar que tutela dos direitos transindividuais não significa propriamente a defesa dos interesses públicos ou privados.

sociedade compartilham; o segundo os interesses comuns a uma coletividade de pessoas e apenas a elas, mas que carregam um vínculo jurídico comum. (seria um plano mais complexo onde o conjunto de interessados não é mais facilmente determinável, embora ainda exista uma base) e não se confunde com o interesse individual; por fim, descerre sobre os interesses difusos, que decorrem de vínculos extremamente genéricos entre pessoas, como, por exemplo, habitar a mesma região, consumir o mesmo produto, viver sob determinadas condições sócio-econômicas. Também diz que são interesses coletivos, que estão sinteticamente referidos à qualidade de vida. Frisa a importância da tutela coletiva ao mencionar que tais necessidades e interesses de massa sofrem constantes investidas, frequentemente também de massas, contrapondo grupo contra grupo.¹⁴

Para proteger esses interesses que entraria a tutela coletiva, pois não seriam necessários vários processos, para tutelar um interesse que é comum a toda uma população, quer sejam habitantes de uma mesma região, quer sejam membros de um mesmo Estado ou estejam congregados por um mesmo vínculo jurídico.

Claramente baseada nas *class actions* americanas, a professora Ada, com esse estudo antecipou o que o Código de Defesa do Consumidor iria anunciar.

Em 1990, o CDC entra neste mérito e em seu art. 81, ao elencar os tipos de interesses protegidos pela tutela coletiva, que são os difusos, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (art. 81 parágrafo único, inciso I); os interesses coletivos de natureza indivisível de que seja titular um grupo (art. 81 parágrafo único, inciso II) e os interesses individuais homogêneos, decorrentes de origem comum (art. 81 parágrafo único, inciso III).

Os dois primeiros são interesses transindividuais e é certo que são também do interesse da ACP.

O último, no entanto, foi criação do citado código, uma inovação, mas que fica fácil de entender se já sabemos o pensamento, já antigo, da professora Ada sobre os tipos de tutela coletiva. Entende-se que a tutela coletiva deve proteger os direitos metaindividuais, que são três, e por isso a necessidade da criação de uma nova categoria.

É uma ficção jurídica, que visa proteger a cada vez mais recorrente padronização da vida particular, criando um direito cujo titulares são, realmente, uma massa de pessoas. Ao analisarmos o inciso III do parágrafo único, vemos que há a conceituação desse tipo de direito, sem margem de dúvidas, diz Fredie Didier Júnior:

¹⁴FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Ação Civil Pública: comentários à Lei 7.347*. 1. ed. Campinas: Julex Livros, 1987. p.16

O CDC conceitua laconicamente os direitos individuais homogêneos como aqueles decorrentes de origem comum, ou seja, os direitos nascidos em consequência da própria lesão ou ameaça de lesão, em que a relação jurídica entre as partes é *post factum* (fato lesivo). Não é necessário, contudo, que o fato se dê em um só lugar ou momento histórico, mas que dele decorra a homogeneidade entre os direitos dos diversos titulares de pretensões individuais.¹⁵

A característica “homogêneos” seria parte essencial da tutela coletiva, se por acaso, inexistisse a prevalência dos aspectos coletivos, os direitos seriam heterogêneos, ainda que tivessem origem comum, de mesma procedência, aí seria passível de tutela individual.¹⁶

O CDC, portanto esclarece quaisquer dúvidas sobre o objeto da tutela coletiva, bem como suas definições e deixa claro que qualquer instrumento de tutela coletiva pode ser proposto para a defesa dela.

Apenas fica a dúvida se a ACP também poderia, então, cuidar de interesses individuais homogêneos, pois é lei mais específica, e que nada menciona sobre este tipo de interesse (que foi ficção criada pelo próprio CDC) e, hoje, é pacífico dizer-se que sim, cabe ACP numa ação de um sindicato trabalhista exigindo que seus funcionários recebam vale- refeição, por exemplo. É isso que o próprio Código Consumidor deixa claro. Esse tipo de interesse, quando tutelado por Ação Civil Pública, evita que haja fragmentação da tutela em diversas ações individuais, o que traz inúmeros benefícios à justiça.

Parte da doutrina, no entanto, ainda discorda e trata os direitos individuais homogêneos não como direitos coletivos, mas como direitos individuais coletivamente tratados.¹⁷ porém, a jurisprudência discorda, pois aplica os princípios processuais coletivos a este tipo de interesse, bem como defende que é essencial para a efetivação da prestação jurisdicional.¹⁸

Sendo assim, hoje são três os tipos de interesse tutelados pela ação coletiva, todos eles subjetivos, que levam à propositura de um tipo de ação diferente do comum, do costume que temos de perseguir nossos direitos individualmente.

¹⁵ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo Coletivo. 3. ed. Salvador: Juspodvim, 2008. v.4. p. 78.

¹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1999. p. 724.

¹⁷ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo Coletivo. 3. ed. Salvador: Juspodvim, 2008. v.4. p. 81

¹⁸ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo : meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 8. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1995. p. 11

4 PROCESSO COLETIVO

É importante ressaltar que, historicamente, a relação processual sempre foi tratada como bilateral, em que uma parte era o extremo oposto da outra: uma pleiteava o direito e outra se defendia do direito pleiteado.

Por isso, foi muito difícil introduzir uma legislação que desviasse desse modelo, introduzindo uma “litigiosidade de massa”, que envolvesse o Estado, que, por sua vez representa muitos e não apenas um, e outra parte.¹⁹ Por isso, hoje encontramos dispositivos incompreensíveis, que fogem à estrutura das suas origens, talvez devido à evolução da estrutura da organização social do Estado, que procura ser o mínimo intervencionista possível, ou talvez por querer produzir o máximo de bem estar social.

Fato é que, as ações coletivas ainda são tratadas como “ações excepcionais”, uma matéria nova, pouco estudada, quando que, por suas principais características, elas deveriam ser um tipo comum no Processo Civil Brasileiro, ao invés de causar estranheza.

Porém, causa uma estranheza. Não é porque foge da dicotomia público-privado, tão comum na nossa evolução legislativa e histórica e porque entra na litigiosidade da sociedade de massa, sempre mal redigida e com diversos “vai e vens” durante a existência do país. Essa é a grande mudança que os textos do CDC e da LACP provocaram no ordenamento jurídico brasileiro, essa é a grande falha, que querem corrigir os elaboradores dessas leis, que tentam tornar a tutela coletiva uma tutela comum, ordinária, no tocante aos objetos que protegem.

Vale observar que, o exercício do direito de ação por várias pessoas, não caracteriza a ação coletiva e sim um litisconsórcio (que tem por definição: pluralidade de demandantes e/ou demandados). Na verdade, é para evitar que haja ações que tenham na parte autora, diversos litisconsortes, o que demandaria muito tempo, prejudicando a celeridade e eficiência.

Para caracterizar ação coletiva, deve haver violação de direitos coletivos *latu sensu*, que são os direitos que protegem a coletividade, os indivíduos como um todo.

Ao explicarmos os direitos coletivos, verificamos que, a tutela coletiva existe tanto para proteger direitos que não têm bem um titular definido, que possa tentar protegê-los; quanto para economizar as relações processuais. O direito foi lesionado para uma coletividade de pessoas e todas elas poderiam pleiteá-lo em ação individual, mas não o fazem, pois o Estado já pleiteia por eles.

¹⁹ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo Coletivo. 3. ed. Salvador: Juspodvim, 2008. v.4. p. 35.

Sendo assim, no que tange a ação coletiva, alguém exerce o direito para as pessoas, que não elas mesmas, o que vemos ser um modelo diferenciado do comum no nosso processo civil, por isso, fora criado um tipo de processo que vise efetivar o exercício desse direito.

4.1 Conceito

Segundo Fredie Didier Júnior, processo coletivo é:

Aquele instaurado por ou em face de um legitimado autônomo, em que se postula um direito coletivo *latu sensu* ou se postula um direito em face de um titular de um direito coletivo *latu sensu*, com o fito de obter um provimento jurisdicional que atingirá uma coletividade, um determinado número de pessoas.²⁰

Vemos que é uma união processual entre o Estado e o indivíduo. O indivíduo deixa de pleitear a ação para que o Estado o faça e isso é algo relativamente novo, que ainda causa desconfiança na população, mas que é dotado de uma imensa economia processual, pois é tutela jurisdicional una, que visa obter apenas uma sentença que solucione conflito envolvendo um grande número de pessoas.

Isto caracteriza uma grande inovação do sistema e a grande quantidade de divergências sobre o assunto, é uma prova do quão infantil esse assunto ainda é, até porque essas pessoas estão unidas representadas por um ente público ou uma associação civil ou sindicato, diferentemente de um litisconsórcio. Mesmo assim, todos têm o interesse na satisfação da prestação jurisdicional.

4.2 Características

O direito de ação coletiva é um direito Constitucional de proteger os interesses coletivos e os interesses individuais coletivos.

É direito fundamental, ou seja, tem o objetivo de controle, de “parar” a ação do Estado, no qual o legitimado entra com ação para fazer valer o princípio da universalidade da jurisdição, não mais correto que esses instrumentos processuais sejam funções do Estado, que ao atuar no processo coletivo, está atuando na economia, na função social, etc.

²⁰ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo Coletivo. 3. ed. Salvador: Juspodvim, 2008. v.4. p. 46.

Cabe ressaltar que o processo coletivo é, em primeiro lugar, processo comum, ou seja, contém partes opostas, juiz, deve respeitar as regras gerais do Código Processo Civil em tudo, competência, prazos (inclusive de prescrição e decadência) e tudo o mais que se exige na justiça comum, em tudo que a legislação processual coletiva se omite.

É uma ação que exige interesse público primário, e isto é mais que verificado quando temos que a Ação Civil Pública, Mandado de Segurança Coletivo, Ação Popular e todo e qualquer instrumento de tutela coletiva, pois é de indiscutível caráter público, assim como qualquer processo civil, até porque é proposto devido ao verdadeiro interesse do Estado, que são interesses de ordem pública e social. Ao ter um direito difuso ou coletivo desrespeitado, temos o desrespeito de um interesse público do Estado, e por isso ele deve agir. É função principal do ministério Público (órgão do Poder Público), e do próprio poder público como um todo como mesmo diz a constituição em seus artigos 127 e 227:

“Art.127: O ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais disponíveis.

Art 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, a alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligencia, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

»²¹

Como é processo especial, no entanto, possui um sistema próprio, e este está tutelado no CDC, em especial em seu título III. Para proteger o direito do consumidor, o legislador também teve que criar regras para que houvesse efetivação dos direitos ali regulados, e ele realmente cumpriu seu papel, pois facilitou imensamente o acesso à justiça do consumidor e o elevou à mesma altura que a empresa (geralmente ré em processos de direito do consumidor), em uma igualdade substancial, criando e regulando novas técnicas para as ações coletivas. As modificações são muitas e tão completas que alteram a LACP, para que se adéqüe às novas normas.²²

Lendo-se o título III do CDC, contata-se que há inovações processuais, tanto no que se refere às ações individuais, como às coletivas, a saber:

- a) A possibilidade de determinar a competência pelo domicílio do autor consumidor (art. 101, I);
- b) a vedação da denúncia à lide e um novo tipo de chamamento ao processo (art. 88 e 101, II);

²¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 603.

²² DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo Coletivo. 3. ed. Salvador: Juspodvim, 2008. v.4. p. 49 e 50.

- c) a possibilidade de o consumidor valer-se, na defesa dos seus direitos, de qualquer ação cabível (art. 83);
- d) a tutela específica em preferência à tutela do equivalente em dinheiro (art. 84);
- e) a extensão subjetiva da coisa julgada em exclusivo benefício das pretensões individuais (art.103);
- f) regras de legitimação (art. 82) e de dispensa de honorários advocatícios (art. 87) específicas para as ações coletivas e aperfeiçoadas em relação aos sistemas anteriores;
- g) regulamentação da litispendência entre a ação coletiva e a ação individual (art.104);
- h) alteração e ampliação da tutela da Lei n 7347/85 (LACP- Lei da ação civil pública), harmonizando- a com o sistema do Código (arts. 109 *usque* 117).²³

Vemos que as alterações foram muitas e também relevantes, principalmente se levarmos em consideração as feitas à lei que rege a ACP, pois agora há um diploma geral que a regule especificamente, diferentemente do Código de Processo Civil (CPC) que regula os processos cíveis comuns, gera também uma inversão quando pensamos que a defesa do consumidor sempre foi objeto da ACP e agora essa matéria encontra uma legislação mais específica.

Esse e muitos outros foram os novos pensamentos da doutrina, em relação ao advento do CDC ao ordenamento jurídico brasileiro, não demorou muito para que diversas divergências surgissem sobre os novos assuntos tratados e pelas próprias modificações à LACP, como é o caso das regras de sucumbência, por exemplo. Isso que causou inclusive o assunto deste trabalho.

O importante é observar que o processo coletivo é o instrumento usado para a tutela dos direitos coletivos, e que o CDC possui as regras para tal, que existem leis específicas que regulam alguns tipos de ações coletivas e que nesse caso deve ser observado qual instrumento legal utilizar, o especial ou o geral.

O foco deste trabalho é a ACP, que é um tipo de ação coletiva e, portanto além de ser regulado pela sua legislação específica, é regulada pelas regras gerais do CDC, observemos quais são:

²³ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo Coletivo. 3. ed. Salvador: Juspodvim, 2008. v.4. p. 49 e 50.

4.3 Legitimação Ativa

Quando tratamos da tutela coletiva, os sujeitos da relação jurídica, que possuem a pretensão para propor a ação, são indeterminados, ou um grupo determinado de muitas pessoas.

A tutela coletiva foi criada justamente para obter celeridade e eficácia na proteção dos direitos supraindividuais, portanto, legitimar todas as pessoas, ou até um grupo indeterminado de pessoas, causaria imenso embaraço e atraso no processo, pois haveria um número imenso de intervenção de terceiros, um litisconsórcio composto por inúmeras pessoas, o que poderia causar lentidão na justiça (os prazos seriam muito grandes), assim, um direito difuso na iminência de ser lesionado, pode passar a ser lesionado e um direito já lesionado, perpetuaria essa situação de lesionado.

O mais lógico é escolher um legitimado para representar essa coletividade, seja ele pessoa física ou jurídica, de direito público ou de direito privado. Uma pessoa que, por conseguinte, não participa da relação jurídica, mas tem um interesse nela, participando, assim, da relação processual.

Isso sempre foi motivo de discussão na doutrina, como bem frisa Fredie Didier Jr.:

[...] Verdadeiro ponto de resistência no transplante da tutela individual, em que o indivíduo é soberano sobre o direito de demandar e defender, e a tutela metaindividual, na qual o interesse público exige uma nova configuração, desses poderes. Trata-se de um dos aspectos mais discutidos da tutela jurisdicional coletiva.²⁴

Justifica ainda a discussão, enunciando os três motivos que fazem o legislador acreditar que a legitimidade extraordinária e a substituição processual são o mais correto a se fazer:

O *primeiro* é a idéia, muito difundida em ordenamentos jurídicos alienígenas, que *as formações sociais têm interesse e poder de coercibilidade* (atrelado à vontade) para impulsionar a máquina judiciária, em atenção a seus objetivos institucionais, o que gera *legitimação ordinária* (titular do direito material afirmado exerce o direito de ação, exercício de direito próprio em nome próprio); o *segundo*, o fato de que na *legitimação expressa em algum texto normativo* (Constituição, por exemplo), o interprete entenda uma *legitimação objetiva*, legal e autônoma (um direito a condução do processo), de caráter *exclusivamente processual*, sem vínculo com o direito subjetivo material.²⁵

²⁴ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo Coletivo. 3. ed. Salvador: Juspodvim, 2008. v.4. p. 207.

²⁵ Loc. Cit.

O art.82 do CDC apresenta os legitimados a processar em casos de tutela coletiva, após definir os direitos coletivos *latu sensu* em seu art. 81, parágrafo único e incisos. Interessante notar que, além da definição dos tipos, ele também define os titulares destes direitos, sanando quaisquer dúvidas que pudessem ser criadas a partir dos conceitos. Então, percebemos que um dispositivo completa o outro e que apenas naqueles casos enunciados no art. 81, que os titulares do direito lesionado, não serão sujeitos do direito processual, e sim os elencados no art. 82:

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

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

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

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

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

Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente:

I - o Ministério Público,

II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;

III - as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código;

IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

§ 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.²⁶

Esses artigos foram elaborados complementando a regra da LACP, que em seu art. 5º, também propôs legitimados para a propositura da ação, aqueles que não participavam da relação jurídica. Esse tipo de legitimado é chamado de legitimado extraordinário, pois é a lei e não a relação jurídica que dá autoridade para que resolvam a pretensão.

Diferentemente da legitimação ordinária, usada no restante dos casos, onde, basta ser sujeito da relação jurídica e ter seu direito lesionado, para entrar com a ação.

Como podemos ver, pelo conceito de interesses difusos e individuais homogêneos, nada impede que um legitimado entre com uma ação coletiva para proteger uma matéria e que, concomitantemente, um indivíduo entre com um processo individual para reparar mesmo direito lesionado.

Porém, é exatamente por isso que existem os processos coletivos, para que cada indivíduo não precise tratar de sua lesão, pois o Estado o fará, devido ao interesse público.

O art. 82 legitima extraordinariamente os membros da Administração Direta e Indireta, através da substituição processual, que ocorre quando a parte legitimada não se afirma titular do direito material, porém age por ela. Este método foi usado pela primeira vez com a LACP, ou seja, com a tutela de direitos coletivos, e é adequada, apesar de diversas discussões doutrinárias, pois não afasta o direito material do processo, o que vem sendo defendido fortemente pela doutrina processual.

Pode o indivíduo que teve seu direito lesionado, entrar como litisconsorte do legitimado ativo e assim continuar com a economia processual e ser parte do processo.

4.4 Liquidação e execução de sentença

Para cumprir sua finalidade de evitar a propositura de inúmeras ações processuais, e para cumprir eficientemente todos os tipos de direito coletivo existentes, deveria haver a maior abrangência de direitos de massa possível na legislação. O art. 81 o faz muito bem, incluindo para a tutela coletiva também os direitos individuais coletivos.

²⁶ BRASIL. Lei 8.078/90. Lei que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.

Entretanto, por serem um pouco diferentes dos interesses coletivos e difusos já presentes no ordenamento jurídico brasileiro, contêm, em seu procedimento, alguns detalhes diferentes. É o caso da sentença. A sentença num processo coletivo de interesses individuais homogêneos deve ser genérica, porque ao fim deverá beneficiar todos os lesionados, individualmente. Para isso, passou a haver a figura da habilitação, uma forma de se habilitar os indivíduos, cada um, para exigirem o cumprimento do seu direito. Isso acontece porque, muitas vezes, quando lesionado um direito individual homogêneo, ocorre um dano coletivo, porque ao deixarem de cumprir o direito, a ordem jurídica é tão violada que todos os atingidos têm uma sensação de que o direito não é respeitado.

Por isso, o processo coletivo que incorra nessa situação, obedece às seguintes regras: sua sentença será genérica. Isso quer dizer que não há definição, nem na parte dispositiva, nem na parte de fundamentação, de uma indenização individual, ou de uma obrigação de fazer individual.

Uma ACP que vise à proteção de um direito trabalhista, além de ordenar que seja cumprido o direito, pode ordenar a reparação dos danos causados pelo não cumprimento desse direito da seguinte forma: “Todos os trabalhadores deverão ser reparados em dano moral.” Isso porque houve um dano coletivo a todos os trabalhadores que não tiveram seu direito cumprido e eles devem ser ressarcidos pelos prejuízos causados. A sentença mandará, genericamente, que sejam beneficiados todos os trabalhadores que ali trabalham, todos eles, titulares do direito de ação, portanto, a sentença deve beneficiar a todos e não somente a uns ou alguns que, eventualmente entrem como litisconsortes no processo ou que tiveram seu direito violado diretamente.

A partir da liquidação da sentença, é que individualmente, os lesionados se habilitarão como credores.

Apesar de no caso de direitos coletivos e difusos, a sentença ser específica, a habilitação também poderá ocorrer.

Se Tício teve, por exemplo, sua plantação arruinada pela poluição das águas de um rio e obteve um prejuízo do valor de sua safra, desse valor ele deve ser indenizado, portanto ele se habilitará como credor de percentual do valor, que estará incluído no valor especificado pela sentença.

Cada um dos indivíduos lesionados deve fazer sua parte, habilitando-se, valendo inclusive para os herdeiros, ou espólio de pessoa lesionada.

Importante ressaltar que, para que exista de fato esse ressarcimento pessoal, é necessário que um número mínimo de pessoas se habilite se ocorrer de apenas um número

irrisório de pessoas se habilitarem, o dinheiro a qual a ré foi condenada a reparar os danos, será revertido a um fundo que visa a reparação dos danos ao patrimônio, ao meio ambiente, ou seja, ao objeto dos direitos coletivos, que é regulado pelo ar. 13 da LACP.

Assim, para as sentenças que cuidem de interesses coletivos *strictu sensu* e difusos, a sentença será cominatória a princípio, podendo ser revertida em cominação pecuniária se não cumprida a ordem da sentença e no caso de direitos individuais homogêneos, a sentença será genérica.

É importante observar essas regras, pois também na execução podem existir atos que conceituem uma litigância de má-fé, portanto deve-se saber qual o procedimento correto, para reconhecer quando não o houver.

4.5 Coisa Julgada

As partes do processo são aquelas que participam devidamente do mesmo, praticando atos e perseguindo/defendendo direito, como autor/réu, litisconsorte ou terceiro interveniente, no entanto, no processo coletivo, uma das partes, a autora não é sujeito da relação jurídica, defende interesses de outras pessoas, de uma coletividade.

Por isso, a matéria da coisa julgada foge um pouco da dicotomia *erga omnes* (para todos), *inter partes* (entre as partes) do processo comum individual.

A coisa julgada *inter partes* também pode ser chamada de *ultra partes* que pode ser entendida como uma sentença *erga omnes* restrita ou *inter partes* ampliada, a coisa julgada não vale somente para as partes, autor, réu e intervenientes, serve também para todas as pessoas defendidas pelo processo, interessadas naquele processo.

Por exemplo, uma ACP que defenda os interesses do município do Rio de Janeiro terá sua coisa julgada apenas para habitantes do rio de janeiro, se em outro município, outra ação igual for proposta, pode.

Segundo o professor Hugo Nigro Mazzilli, assim se queda o tratamento da coisa julgada para cada objeto que defende o processo coletivo:

a) se a ação coletiva versar a defesa de *interesses difusos*, não haverá litispendência com ações individuais, exceto se tratar de ação popular com a mesma causa de pedir e com o mesmo pedido (aliás, a ação popular não é propriamente uma ação individual). Na ação coletiva será formada coisa julgada *erga omnes*, salvo se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas. O lesado que tenha ação individual em andamento não irá requerer sua suspensão no prazo assinalado no art. 104 do Código do Consumidor, nem se habilitará como litisconsorte na ação coletiva. Nessa hipótese, os arts. 104 e 103, I, do Código do Consumidor,

pressupõem o conceito de *interesses difusos* que já veio fornecido pelo art. 81, parágrafo único, I, do mesmo estatuto. A razão pela qual não haverá suspensão das ações individuais (diversamente das demais hipóteses do art. 104 do CDC), consiste em que, neste caso, o lesado não estará pedindo a reparação de interesses difusos e sim de interesse individual diferenciado (o cidadão só poderá pedir a reparação de lesão a interesses metaindividuais, como os difusos, nas ações populares, como, por exemplo, numa ação popular ambiental);

b) se a ação coletiva versar a defesa de *interesses coletivos*, também não haverá litispendência com ações individuais. A coisa julgada que se forme na ação coletiva terá *alcance ultra partes*, mas de forma limitada ao grupo, categoria ou classe, salvo se houver improcedência por insuficiência de provas, ou se aqueles que tenham ação individual em andamento não requererem sua suspensão no prazo de 30 dias a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva. No caso de suspensão da ação individual, o interessado poderá habilitar-se como litisconsorte na ação coletiva;

c) se a ação coletiva versar a defesa de *interesses individuais homogêneos*, haverá litispendência com as ações individuais dos lesados para reparação do prejuízo divisível, naquilo que tem de idêntico com o dos demais lesados. Na ação coletiva, a coisa julgada *erga omnes* só se formará no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, e desde que o autor da ação individual requeira sua suspensão em trinta dias a partir da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva. Se preferir não requerer a suspensão, poderá prosseguir na ação individual (que não será afetada pelo julgamento da ação coletiva), mas se preferir a suspensão da ação individual poderá habilitar-se como litisconsorte na ação coletiva.

Proposta a ação coletiva, será publicado edital no órgão oficial, para que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes. Observe-se que, intervindo nessa qualidade, serão beneficiados pela procedência da ação coletiva, mas, se titulares de interesses individuais homogêneos, serão afetados pela eventual improcedência. Mesmo em caso de improcedência na ação coletiva, os titulares de interesses *individuais* não serão prejudicados se o objeto da ação eram interesses *difusos ou coletivos*.

Pode acontecer que o ajuizamento das ações individuais suceda a propositura da ação coletiva. O tratamento não será substancialmente diverso das hipóteses inversas, acima já comentadas.

No caso de serem suspensas as ações, não disciplinou o Código do Consumidor a suspensão da prescrição, de que devera ter cuidado.²⁷

Essa matéria é de extrema importância, pois a validade da habilitação depende do resultado da ação.

Observa-se, também, que existem regras para quando o legitimado ativo perde a ação, tem o seu pedido dado como improcedente, como por exemplo, que não se forma coisa julgada se a sentença for declarada improcedente por insuficiência de provas. No entanto, o que ocorre quando a sentença é improcedente no seu geral, e quando há condenação por litigância de má-fé?

²⁷ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Sem título*. Disponível no site da Procuradoria Geral da 5ª Região. Endereço do site: <http://www.prr5.mpf.gov.br/nid/0nid0482.htm/>.

Como ponto fundamental da matéria aqui a ser estudada, devemos esclarecer também as regras gerais no que tange à sucumbência, ou seja, quem paga quando vencido no processo coletivo?

4.6 Regras para a sucumbência

Como disposto no art. 87 do CDC, que regula genericamente a todos os tipos de processo coletivo, as ações coletivas seguem uma linha diferenciada no que tange à sucumbência, ou seja, não segue as linhas gerais e não têm que adiantar custas, despesas e emolumentos, pelo contrário, estão dispensados do pagamento delas, salvo comprovada má-fé.

Essa regra diferenciada justifica-se, pois são ações propostas em prol de interesses sociais relevantes, por um legitimado ativo que apresenta-se como representante idôneo do interesse objetivado. Devido à importância, portanto, concede-se essa justiça gratuita.

No entanto, as regras de sucumbência no processo coletivo são alvo de intensa discussão e diversas jurisprudências, devido ao grande número de interpretações que podem ser dadas ao dispositivo, a ser analisado mais pra frente.

Por fim, deve-se ressaltar que, muitas das divergências criadas pelo CDC ainda não foram sanadas, o que levou o legislador a escrever um código de processo coletivo brasileiro que regularia o assunto de forma exaustiva, não deixaria margem para dúvidas. O anteprojeto que se encontra com sua tramitação parada, esclarece muitas das dúvidas que hoje são objeto de divergência da doutrina, porém ainda está longe de até virar um projeto de lei.

5 AÇÃO CIVIL PÚBLICA

5.1 Conceito

Como já explanado, a Ação Civil Pública, é um tipo de ação proposta pela união ou seus entes federativos, visando proteger ou reparar um dano iminente ou de fato, aos interesses difusos e coletivos, regulada pela Lei Federal nº 7347/85.

Pelo conceito acima dado, podemos concluir que seu objeto, por conseguinte, são os interesses difusos e coletivos,²⁸ sendo assim considerada uma ação coletiva.

A ACP fora criada como instrumento que garante a tutela da demanda coletiva e que regula os direitos da coletividade e após a sua criação, fora “abraçada” por diversas leis, que passaram a admiti-las em sua matéria, popularizando o instrumento:

Finalmente, após a promulgação da Constituição, outros diplomas legais vieram a admitir a ação civil pública para a proteção jurisdicional de certos direitos difusos, tais como: a defesa das pessoas portadoras de deficiência (Lei 7.853/89); para apurar a responsabilidade por danos causados aos investidores do mercado de valores mobiliários (Lei 7.913/89); para a proteção da infância no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90); e, para a defesa dos consumidores, com o Código do Consumidor (Lei 8.078/90), que inclusive admite outras ações coletivas cujo perfil não corresponde exatamente ao da ação civil pública.²⁹

Hoje são nove os instrumentos legais que mencionam explicitamente a ACP, entre eles: a Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade); Lei 7.853/89 (Lei dos Deficientes Físicos); Lei 7.913/89 (Lei do Mercado de Valores Imobiliários); Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente); Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor); Lei 8884/94 (Lei da Ordem Econômica e Livre Concorrência).

Pelas leis acima mencionadas, observa-se o caráter da Ação Civil Pública, que protege direitos fundamentais da população. Observa-se também a grande extensão do objeto da ACP, o que reitera ainda mais sua relevância.

Assim, para uma eficaz propositura de uma ACP, devemos obedecer todas as regras e princípios processuais (o que também está de acordo com a própria LACP, que permite a aplicação do CPC).

²⁸ já foi esclarecido que a Ação Civil Pública também pode tutelar interesses individuais homogêneos, já que faz prevalecer o direito comum ao individual, portanto, nunca haverá uma ACP de matéria individual heterogênea.

²⁹ MENDES. Thays Cristina Ferreira. *A ação coletiva e a tutela aos interesses difusos e coletivos*. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11023>.

Muito se discutiu sobre o art. 81, III da Lei 8.078/90, que previu tutela coletiva no que tange aos direitos individuais homogêneos, terminologia nova para a época, se para este tipo de direitos caberia ACP. Hoje é pacífico que sim, pois a ACP é instrumento de tutela para toda e qualquer matéria que tenha relevância pública, social, e que possa evitar o afogamento do judiciário, para que não se transforme em inúmeras, dezenas e às vezes centenas de ações individuais, prejudicando até mesmo a segurança jurídica, em casos que haja sentenças contraditórias para casos envolvendo o mesmo fato.

Como exemplo, temos um grupo de trabalhadores que tem o seu horário de almoço discriminado por cargo intelectual na empresa, ou seja, tem o seu direito de igualdade negado, nesse caso, como o próprio título da constituição diz, foi desrespeitado um direito coletivo do art. 5º caput, além de ter sido desrespeitado um direito social, que é de interesse público, do art. 7º, XXXII, portanto cabe ACP, ao invés de cada trabalhador do grupo adentrar com uma ação individual na justiça do trabalho.

O importante é haver a prevalência das questões comuns sobre as questões individuais, comprovando que o rol de bens tutelados pela ACP é exemplificativo, que pode abranger quaisquer dos direitos previstos no art. 81 do CDC.

Assim, a doutrina passou a chamar a ação civil pública que trata de interesses individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, I), de ação civil coletiva, enquanto as que tratam de interesses coletivos e difusos (art. 81, parágrafo único, I e II), chamam apenas de ação civil pública.

Portanto, a ACP faz parte da tutela coletiva, isto é, a sua proposição gera um processo coletivo, que obedece a todas as regras descritas no CDC, que se encontram na parte que regula a tutela coletiva no Brasil, também de acordo com o art. 21 da LACP. Com esse raciocínio, entende-se que tudo que se discute para o Processo Coletivo, é usado para a ACP, já que o processo é o meio pelo qual se exerce o direito da ação civil. Sendo assim, usa-se o Princípio da Especialidade para tratar o CDC como legislação geral da ACP, tratando o primeiro de assuntos silentes da LACP. O que se deve salientar é que a LACP será usada toda vez que esta discordar daquela, sem esquecer de que o próprio CDC modificou e revogou, ainda que tacitamente, diversas normas da LACP. Mesmo assim, de acordo com o Princípio citado, a LACP é mais importante, no que tange à ACP e o CDC não é Código específico para tratar dos processos coletivos.

Como toda ação, necessita condições para ser admitida e ter seu mérito analisado, são elas: a legitimidade, o interesse e a possibilidade jurídica do pedido. A falta de qualquer um desses levará à inadmissibilidade da ação.

A legitimidade é a aptidão para figurar como demandante ou demandado num certo caso concreto. Pode ser ordinária (quando são sujeitos da relação jurídica) ou extraordinária (quando a lei atribui a quem não é sujeito da relação) e no caso da tutela coletiva, somente podem figurar como legitimado ativo, aqueles autorizados por lei, extraordinários, portanto.

Na LACP, encontramos os legitimados em seu art. 5º, do qual falaremos em subtítulo próprio.

Verificamos se há interesse de agir, ao analisarmos a utilidade, a necessidade e a adequação. Somente se a tutela jurisdicional for útil, proposta em via adequada e necessária, que poderá ser admitida a ACP. Neste caso, devemos analisar a necessidade de superioridade da classe em relação a outros meios de solução de litígios.³⁰

Existe possibilidade jurídica do pedido quando há adequação do pedido da ação ao ordenamento jurídico brasileiro.³¹

Conclui-se que a ACP é instrumento processual de interesse difuso ou coletivo, interesses homogêneos entre um grupo de pessoas, que vêm seu direito lesionado e, ao invés de proporem diversas ações individuais, eles são representados pelo Estado, para tenham seu direito perseguido.

O importante da ACP é a sua abrangência, seu objeto é devidamente extenso, de acordo com sua relevância, porque é um direito fundamental da sociedade, ter seus direitos coletivos respeitados e perseguidos.

A ação civil pública pode ser usada como instrumento do Estado para que um direito coletivo seja reparado, pode ser usada contra o próprio Estado, para controlar atos administrativos abusivos do poder Público e pode ser usada para sanar uma inércia do Estado, como por exemplo, tombamentos de patrimônios históricos.

A coletividade, no caso de qualquer inércia ou abuso do poder público, pode acionar o próprio para diligenciar nessa necessária proteção.

Também pode ser usada como instrumento de controle de constitucionalidade, difuso, desde que não sirva de sucedâneo da ação direta deflagradora do controle concentrado. Essa é a posição defendida pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça. Já outra corrente, defendida, entre outros, pelo professor José dos Santos Carvalho Filho,

³⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1999. p. 723.

³¹ Muitos autores comentam da possibilidade jurídica da demanda, que nada mais é do que se a demanda, ou seja, o assunto da ação é lícito segundo o ordenamento jurídico e não somente o pedido, como outros autores sustentam.

defende que não é possível usar a ACP para deflagrar controle de constitucionalidade, pois haveria usurpação da competência do STF, já que, os efeitos da decisão valem para todos.³²

Pela extrema importância da matéria da qual trata, podemos perceber que a ACP é meio de controle da Administração Pública. Ela pode ser tanto meio de controle usado pela administração para proteger a tutela coletiva, bem como meio de controlar a administração, já que cabe ACP para controlar um ato da administração que viole algum princípio administrativo.

Por isso mesmo, não pode ser proposta por qualquer motivo, para não caracterizar mau uso da ACP. Deve ser proposta somente quando há direito coletivo lesionado ou na iminência de ser lesionado.

O objeto elencado no art.1º da LACP fala genericamente de quando é cabível ACP, e existem inúmeros exemplos práticos: toda vez que a Administração deixe de cumprir com um dever legal, como por exemplo, a regularização de uma atividade discricionária, cabe ACP.

Onde deveria haver tombamento e não há, cabe ACP, já que o poder público está negligenciando seu dever inafastável de proteger o patrimônio.

Quando deveria haver uma proteção de um grupo de trabalhadores por certo motivo, por exemplo, uma empresa não paga aos seus empregados o vale- refeição.

Os casos de proteção ao consumidor eram de competência da ação civil pública antes do advento da Lei 8.078/90. Após sua promulgação, há essa confirmação, afirmando-se que os casos inseridos no referido código, são de tutela coletiva, portanto, cabe ACP.

São diversos os casos, por isso já foi pacificado que, o rol encontrado no art.1º é exemplificativo, ou seja, outros além dos apresentados podem ser direitos tutelados. Basta que sejam difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

Estes direitos podem ser tutelados na forma preventiva ou repressiva na forma de ação cautelar ou principal. Existe uma possibilidade de concessão de liminar, quando presentes os requisitos do *fumus boni iuris* (presença aparente do direito tutelado) e do *periculum in mora* (perigo na demora). Vale lembrar que a lei é bastante abrangente quanto à tutela preventiva, sem deixar margens para dúvidas, como diz José dos Santos Carvalho Filho: “ a lei, todavia, além de admitir no art.4º, a concessão de medida liminar dentro da ação cautelar, o que é colorário natural desse tipo de processo, admitiu-a também quando requerida na ação principal, como se vê no texto do art. 12.”³³

É, inclusive, muito comum a tutela preventiva nesse tipo de ação:

³² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 880.

³³ Ibid p. 881.

AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LIMINAR DEFERIDA – PRESSUPOSTOS CARACTERIZADOS NA ESPÉCIE – DECISÃO INTERLOCUTÓRIA CONFIRMADA – RECLAMO INACOLHIDO – O Ministério Público, inobstante a celeuma outrora presente nos tribunais pátrios, possui legitimidade para deflagrar ação civil pública em face de aumentos abusivos na mensalidade de estabelecimentos privados de ensino. A verossimilhança do direito invocado revela o *fumus boni iuris*, assim como o fundado receio de dano grave e de difícil reparação, suscetível de ocorrer antes da solução definitiva da lide na *actio* principal, acarreta o *periculum in mora*. Configurados esses pressupostos, hígida é a liminar.³⁴

Além disso, existem casos de mau uso desta ação, ou de abuso,³⁵ que, muito embora sejam da matéria regulada no caso do CPC Capítulo II, seção II, e poderem ser punidos como descumprimento de dever processual das partes, com sanção. O art. 87 do CDC regula de forma mais específica e atual essa matéria, inclusive modificando a redação da LACP.

Por fim, ressalte-se que, de acordo com o art. 1º da LACP, também a Ação Popular pode ser proposta concomitantemente.

5.2 Legitimidade Ativa

É flagrante que a ACP tem por objeto, direitos extremamente importantes para a sociedade, por isso, sua legislação preocupou-se em definir os legitimados para propor-la de forma restrita, mas que não prejudicasse o acesso à justiça da coletividade, que é a verdadeira titular do direito protegido.

O art. 5º da Lei 7347/65, dispõe que os legitimados para propor uma Ação Civil Pública são: União, Ministério Público, Defensoria Pública, Estados, Municípios, Distrito Federal, Autarquia, Empresa Pública, Fundação, Sociedade de Economia Mista e as Associações que estejam constituídas há pelo menos um ano na lei civil e que inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Esse rol é taxativo. Ninguém mais pode propor esse instrumento processual, senão aqueles encontrados na lei, afinal, se não são sujeitos da relação processual, somente a lei pode permitir que seja legitimado.

³⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Processo Civil. Concessão de liminar. Agravo de Instrumento número: 99.018667-9, da 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Florianópolis, SC. 15 de fevereiro de 2001. Lex: <http://www.superjuridico.com/jurisprudencia/12/busca>.

³⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 880

Há algum tempo discutia-se certa “abertura” de interpretação desse artigo, permitindo a legitimidade da Defensoria Pública, já que também é ente da federação dotado de interesse na proteção dos interesses da coletividade. Isso, porém não significa que o rol pode ser interpretado como exemplificativo, e sim é uma interpretação extensiva do que já se encontra no artigo.

A redação do art 5º fora recentemente modificada pela Lei nº 11.448/07, que incluiu como legitimados a Defensoria Pública e o Distrito Federal. Essa alteração somente serviu para, de uma vez por todas, pôr fim a discussão que já estava pacificada na jurisprudência de que, qualquer ente federado, que tenha interesse na proteção dos interesses coletivos ou difusos, já que todos eles têm autoridade para perseguir os interesses de um país melhor, em que o direito coletivo é respeitado e tutelado de forma eficaz.

Veja bem que o legitimado para propor uma ação coletiva desse porte, não poderia ser o cidadão comum, que se assim fosse nada mais seriam do que ações individuais, o que desvirtuaria a própria finalidade de economia processual. Por outro lado, o rol também não poderia ser restrito, pois os órgãos do Poder Público executam diversas tarefas, apesar disso, não podem deixar de lado a tutela de um interesse metaindividual. O rol, para isso, deve ser abrangente o bastante para que sempre haja a possibilidade de ação dos legitimados. O artigo ainda prevê uma alternativa para eventuais falhas, pois, mesmo assim, se a ação não for proposta, o art. 5º, em seu parágrafo 6º autoriza qualquer pessoa a provocar a iniciativa do Ministério Público, com informações e fatos, indicando-lhe elementos de convicção.

Os projetos de Códigos de Processo Coletivo Brasileiro seguem essa tendência e abrangem ainda mais os legitimados para propor as ações coletivas.

Exceto pelas associações civis, sabemos que todos os órgãos acima citados fazem parte da Administração Pública, alguns da Administração Direta, e outros da Administração Indireta, mas todos com funções típicas de órgãos, ou agentes públicos ou pessoas jurídicas, como a execução de serviço público ou a atuação na ordem social, exceto as associações civis que são pessoas jurídicas de direito privado.

Por isso devem obedecer ao princípio administrativo da Moralidade, no qual a Administração Pública não pode dispensar os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta (art. 37, caput, CF/88) e sempre diferenciar o honesto do não honesto, averiguar critérios de conveniência, oportunidade e justiça em suas ações.³⁶

³⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 19.

A Administração Pública também pode, através de ato administrativo, promover a solução extrajudicial de um dano provocado a algum interesse difuso, já que os atos administrativos são dotados de imperatividade, presunção de legitimidade e auto-executoriedade e são freqüentemente usados no exercício do poder de polícia.³⁷ (o IBAMA pode, por exemplo, fechar uma madeireira que esteja desmatando ilegalmente).

Às vezes, todavia, todas essas soluções não são suficientes para fazer cessar um dano ou um iminente dano e quem mais apto do que um próprio membro da Administração, para propor meio judicial de resolver o problema? Por isso a lei deu a todos eles a legitimação extraordinária para o caso, pois são dotados de idoneidade suficiente e devem respeitar o interesse público e coletivo para nunca se quedarem inertes.

Há um legitimado, no entanto, que não faz parte da Administração Pública: são as Associações Civas. Elas possuem sua regulamentação no Código Civil, onde possuem um capítulo reservado a elas.

O conceito pode ser encontrado nesse próprio capítulo:

“Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.

Parágrafo único. Não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos.”³⁸

As associações civis se diferenciam das fundações públicas e sociedades de economia mista na tipologia de personalidade jurídica, que é de direito privado. Elas não precisam de autorização do governo para funcionar e não podem ter fins lucrativos.

São os sindicatos, sociedades civis e associações que, apesar de poderem ter uma atividade econômica, como por exemplo, cobrar uma mensalidade de seus associados, não podem fazê-lo para lucrar e sim para arcar com os seus custos. Por não ter fins lucrativos, as associações são criadas com fins institucionais que muitas vezes estão intimamente ligadas ao objeto da ACP, como a proteção do trabalhador e do patrimônio.

Por ser pessoa jurídica de direito privado, ter, comumente membros associados, as associações podem representar uma coletividade. Nada mais correto que incluí-la no rol de legitimados para propor uma ação que defende os direitos da coletividade. Por não fazer parte da administração, as associações têm um contato direto com seus membros, são parte da coletividade, a verdadeira representação popular das ações civis públicas.

Deve-se lembrar, por fim que, todos os legitimados como autores da ACP podem também ser réus. A Ação Civil Pública, juntamente com o Mandado de Segurança e a Ação

³⁷ Ibid. p. 108.

³⁸ BRASIL. Lei 10.406/02. Lei que institui o Código Civil.

Popular, são suportes de garantia de ser levado ao judiciário, questionamento sobre os atos administrativos ilegais, até mesmo liminarmente, que são concedidas para promover a suspensão da execução do ato que possa acarretar em lesões irreparáveis ou de difícil reparação.³⁹

Por sua vez, no pólo passivo não há qualquer especificidade, pode figurar qualquer pessoa, inclusive os aptos para serem legitimados ativos, apenas precisa a pessoa lesionar direito difuso ou coletivo.

5.3 Sentença e coisa julgada

Pelo art. 3º da ACP temos que: “A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”.⁴⁰

Inicialmente, somente estes tipos de tutela eram permitidos, mas com o advento do Código Consumista, o objeto da sentença foi ampliado para anulação de atos ou cláusulas contratuais, como por exemplo, quando o pedido é para a anulação de uma cláusula abusiva de um contrato de adesão. Em seu art. 83, temos a expressão “todas as espécies de ações”, sendo assim, até ações declaratórias, que gerariam sentenças declaratórias, pode ser alvo de uma ACP, basta tratar de matéria que constitua objeto dela. Porém, é muito difícil de ver na prática, uma ação civil pública que contenha uma sentença de natureza declaratória.

Usualmente, a sentença terá natureza cominatória, de obrigação de fazer ou de obrigação de não fazer. Podem também, para prover uma situação emergencial, ter seus efeitos antecipados provisoriamente. Quando seu comando, definitivo ou provisório não for atendido pelos réus, gerando imposição de natureza condenatória (pecuniária).⁴¹

O objeto da ACP é voltado para a tutela específica de interesse metaindividual e não para a condenação pecuniária, pois o dinheiro seria pálida compensação pelo dano coletivo. Hoje em dia, a sentença tem conteúdo e finalidade e não somente encerra o processo. Por isso é importante tipificar a sentença prolatada numa ação coletiva.

³⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 133

⁴⁰ BRASIL. Lei 7.347/85. Lei que disciplina a Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado) e dá outras providências.

⁴¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. 6. ed. São Paulo: RT, 1999. p 208.

Portanto, uma sentença de uma ACP pode gerar quatro tipos de sentenças, a primeira, é a sentença condenatória pecuniária (ressarcimento em dinheiro); condenatória mandamental (para as obrigações de fazer ou não fazer) e constitutiva/desconstitutiva (no caso de anulação, pois vai extinguir relação jurídica anteriormente formada). Se improcedente a sentença será do tipo declaratória negativa, já que declara que o réu não vulnerou o direito coletivo em tutela.⁴²

Esses tipos de sentença advêm exatamente da finalidade da ação civil pública, pois deve procurar cessar a lesão de um direito, obrigando o réu a fazer, ou deixar de fazer algo para isto. Porém, quando esse direito já foi lesionado de tal forma que qualquer ato que o réu possa cometer já não pode evitar o dano, portanto deve haver condenação pecuniária para sanar-lo, de alguma forma. Por fim, quando um contrato ou ato jurídico possa potencialmente lesar a coletividade, cabe à sentença da ação civil pública, anulá-lo, desconstituindo ou constituindo uma parte do ato.

Nesse caso, a sentença pode ter duplo objeto: constitutivo ou desconstutivo, para anular a cláusula de um contrato, por exemplo, e condenatória mandamental, para que a empresa não use mais a cláusula lesionadora em futuros contratos.

Quanto à coisa julgada, ela pode ser *erga omnes*, *ultra* ou *inter partes*, dependendo da ação (também pode ser chamada de *ultra partes*, porque ultrapassa a barreira das partes do processo, mas vale apenas restritamente, para o grupo envolvido na ação).

A regra, pelo art. 16 da LACP, que fora inspirado no art. 18 da Lei 4717/65, é que o efeito seja *erga omnes* para direito difuso; *ultra partes*, mas restrita ao grupo no caso de interesse coletivo e *erga omnes* no caso de direitos individuais homogêneos e em sendo procedente o pedido (*in utilibus*).

5.4 Regras para a sucumbência

As regras para a sucumbência da ACP seguem a regra geral do CDC, porque este último diploma legal modificou as regras da LACP, a regra geral, então, fica da seguinte

⁴² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 882.

forma: o vencido paga as custas do processo, exceto se vencida associação autora que não tenha agido de má-fé e se órgão ou entidade estatal vencido, for desprovido de personalidade jurídica, pois aí quem arcará com o ônus da sucumbência será a Fazenda Pública.

6 DAS RESPONSABILIDADES DAS PARTES POR DANO PROCESSUAL

Este capítulo trata Código de Processo Civil e é de extrema importância para a matéria, pois o art. 21 da LACP, introduzido pelo CDC, diz que, no que a primeira for silente, usar-se-á o segundo e, após isso, o CPC. Este código institui toda a base da litigância temerária. Saber as regras do CPC é, por via de consequência, saber toda a base do sistema de sanção processual do processo coletivo.⁴³

Além disso, existem correntes doutrinárias que entendem que os artigos que tratam das responsabilidades das partes por dano processual em ambos os diplomas, CDC e LACP, foram silentes no que tange aos legitimados ativos que fazem parte da Administração Pública, sendo assim, para eles, as regras a serem usadas seriam a do CPC.

O Capítulo II do Título II do Código de Processo Civil trata dos deveres das partes e de seus procuradores.

O art. 14, diz dos deveres das partes:

Art. 14 - São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

V - cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e não criar embaraços à efetivação de provimentos judiciais, de natureza antecipatória ou final.⁴⁴

Analisaremos melhor o artigo para que fiquem esclarecidas quaisquer dúvidas:

No inciso I, as partes do processo devem cumprir com o dever de veracidade, ou seja, todos os que participam do processo devem falar o que sabem e do jeito que sabem. É importante ressaltar que, um litigante nunca vai ser totalmente imparcial, pois, assim como qualquer pessoa, contará sua versão dos fatos e caberá ao juiz decidir qual a mais correta

⁴³ Aqui, o importante é ressaltar a palavra “base”, pois o processo coletivo segue sua própria legislação. Porém, para dominar os conceitos e as justificativas das sanções, é preciso estudar o CPC.

⁴⁴ BRASIL. Lei 5.869/73. Lei que institui o Código de Processo Civil após modificação determinada pela Lei 6.771/80.

perante a lei, o que não se deve fazer é contar uma versão tendenciosa dos fatos, para que o juiz escolha a sua versão.

No inciso II, o dever a ser cumprido é o de lealdade e o de boa – fé.

Segundo o professor Costa Machado, lealdade significa o que é segundo a lei, a moral, a justiça, o honesto, a franqueza, a transparência; contrapõe-se à malícia, à hipocrisia, à falsidade, à artimanha. A boa-fé, por seu turno, concerne ao aspecto subjetivo das atitudes; ressalta o lado interno, as intenções mais profundas e boas que devem legitimar os atos jurídicos processuais e seus efeitos.⁴⁵

Sendo assim, vemos que os incisos I e II estão intimamente ligados, porque o inciso II relaciona a forma que a verdade do inciso I deve estar apresentada.⁴⁶

O inciso III está relacionado ao direito apresentado pelas partes. Ele deve existir. Uma pretensão sem direito que a fundamente é uma pretensão desprovida de ética. É um dispositivo vinculado ao trabalho dos procuradores já que eles que, usualmente, conhecem o direito.

O dever elencado no inciso IV atinge toda e qualquer pessoa que participa do processo. Também está vinculado no dever de veracidade no que tange ao dever de não produzir provas falsas, mas o inciso está relacionado mesmo à produção de atos procrastinatórios, que atrasam a solução do litígio, como a produção de provas desnecessárias.

Por fim, o inciso V está vinculado ao inciso anterior, que também visa um processo célere e conciso, tanto nos atos de natureza antecipatória, quanto nos atos de natureza final.

O parágrafo único prevê uma sanção para aqueles que descumprirem o dever do inciso V, protegendo de maneira rígida o princípio, agora constitucional, da celeridade. (art 5º inciso, da CF/88, introduzido pela EC nº 45/04).

Ele cria a figura do “ato atentatório ao exercício da jurisdição” que nada mais é do que aquele ato que fora praticado apenas para atrasar o bom andamento do processo, contra as decisões dos magistrados e contra o direito vigente, ou seja, a pessoa sabe que não tem o direito. É uma terceira resposta do Estado àqueles que quebram a ética processual, junta-se à “litigância de má-fé” e aos “atos atentatórios à dignidade da justiça.”

A litigância de má-fé é regulada logo depois, na Seção II do capítulo, que diz “da responsabilidade das partes por dano processual” e que tem os arts. 16 a 18 nele elencados.

⁴⁵ MACHADO, Costa. Código de Processo Civil interpretado, artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 7. ed. Barueri: Manole, 2008. p.21.

⁴⁶ Loc. Cit.

Ao desobedecer a um dos deveres dos artigos 14 e 15 da seção anterior, a parte gera um dano para a outra parte, para o processo, para o judiciário, enfim, para a justiça, e por isso deve ser sancionada. A parte não agiu com boa-fé, conseqüentemente, de má-fé e deve responder por todas as perdas e danos causados. É o que prevê o art. 16: “Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.”⁴⁷

Causar um dano para o processo é um ilícito processual, portanto, deve ser sancionado, e para ser útil, essa sanção e reparação de danos deve acontecer no próprio processo prejudicado.

A seguir, vem o art. 17 que define a litigância de má-fé:

Art. 17 - Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

- I** - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
- II** - alterar a verdade dos fatos;
- III** - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
- IV** - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
- V** - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
- VI** - provocar incidentes manifestamente infundados;
- VII** - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.⁴⁸

Daí a doutrina fixou o conceito de litigância de má-fé, que antes desse artigo era bem divergente. Hoje é majoritário, dizer que a parte que age maldosamente, com dolo ou culpa e causa danos processuais à parte contrária, é *improbis litigator*, pois utiliza de instrumentos escusos com o objetivo de vencer, ou sabendo que é impossível vencer, deliberadamente procrastinar o feito. As condutas mencionadas estão expressas no art. 14 do CPC.

Ainda há controvérsia da doutrina sobre a subjetividade da litigância de má-fé, parte da doutrina, majoritária, confirma a necessidade do aspecto subjetivo, do dolo ou culpa, porém ainda existe parte da doutrina que dispensa esse aspecto para haver condenação.

Todos os conceitos, como o acima apresentado, foram feitos baseados na boa-fé objetiva, instituto do Direito Civil que é a presunção de que todas as pessoas possuem um parâmetro de bondade ao praticar qualquer ato, tanto civil, quanto processual. Qualquer ato que não esteja dentro desse parâmetro, já pode estar infestado de dolo e, portanto, caracterizar um ato ilícito.

Analisaremos, novamente, o artigo, inciso por inciso:

⁴⁷ BRASIL. Lei 5.869/73. Lei que institui o Código de Processo Civil.

⁴⁸ BRASIL. Lei 5.869/73. Lei que institui o Código de Processo Civil após modificação determinada pela Lei 6.771/80.

Importante ressaltar, primeiramente que, todos esses incisos devem ser analisados com muito cuidado, já que envolvem a intenção, o dolo, a subjetividade da parte, o que deve ser devidamente provado. Para todos esses incisos, deve haver o dolo de praticá-lo, a simples absurda interpretação da lei, ou a ingenuidade, não bastam para a sua caracterização.⁴⁹ - afinal, leigos podem apresentar processos, de acordo com a Lei 9.099/95, sem serem ajudados por um procurador, bem como a interpretação de um dispositivo pode mudar a qualquer tempo, e de acordo com a doutrina, analisando-se um mesmo artigo, aquilo que era válido passa a não ser e vice-versa.

O inciso I, vincula-se ao descumprimento dos incisos I e III do art. 14, já que a falta com a verdade numa alegação ou na apresentação de um direito (que pode até não existir), gera dano, não está de acordo com a boa-fé.

Mais um inciso ligado à veracidade dos fatos é o inciso II, que ilustra três tipos de situações possíveis: alegação de fatos inexistentes, negar fatos existentes e dar falsa versão para fatos verdadeiros.⁵⁰ Aí também deve ser observado a certa dose de parcialidade que pode haver em uma alegação de parte, entretanto, essa parcialidade não pode ultrapassar barreiras e ir além do esperado, como na apresentação de uma pretensão não defesa em direito.

Existem alguns casos comuns de processo simulado, bem conhecidos por doutrina e jurisprudência e, por isso a inclusão de sanção para quem usa do processo para alcançar objetivo ilegal (inciso III).

Um bom exemplo disso é um credor de uma obrigação solidária entrar na justiça para cobrar dívida já paga pelo devedor requerido, para em ação de regresso, conseguirem um novo pagamento da dívida pelo outro devedor.

Oposição ao andamento do processo, como a entrada de um agravo de instrumento, por exemplo, pode ser totalmente normal para a obediência dos colorários da ampla defesa e do acesso à justiça. Porém, eles se tornam nocivos se são apresentados de forma a serem apenas atos manifestadamente protelatórios e isso, segundo o inciso IV, também é caracterizado como litigância de má-fé.

O inciso V é quase como uma continuação do anterior, e sublinha que a prática processual maliciosa, em seu sentido mais amplo, também é ilícita. Não se deve “contaminar” os atos processuais para que eles sejam apenas instrumento de atraso do andamento do processo.

⁴⁹ MACHADO, Costa. *Código de Processo Civil Interpretado, artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 7. ed. Barueri: Manole, 2008. p. 25

⁵⁰ *Ibid.* p.26

Logo, elencados os motivos pelos quais uma parte pode ser condenada por litigância de má-fé, o art.18 vem para dizer qual é a sanção a ser aplicada:

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

§ 1º - Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º - O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.⁵¹

É consolidado que: qualquer instância pode condenar por litigância de má-fé e que isso pode ser feito a requerimento ou de ofício, apesar da primeira forma ser mais comum. Sendo assim, vemos que o condenado responde pecuniariamente por todas as perdas e danos que causou com sua ação, ou seja, os danos processuais cometidos são convertidos em valor em dinheiro.

Nada mais justo, pois a outra parte, que agiu com a boa-fé esperada, deve ser ressarcida pelo dolo de prejudicar da outra.

O condenado também fica com a responsabilidade de pagar os honorários advocatícios e as despesas processuais que efetuou, como condenação por perder a ação.

Além disso, o legislador incluiu na redação do caput do art. 18, uma multa de, no máximo, 1% do valor da causa, que não vai para a outra parte (corrente majoritária), de modo a coibir ainda mais que haja a prática de um ilícito processual. Afinal, deve haver um bom e eficiente instrumento processual que iniba o acesso à justiça para fins protelatórios ou danosos e que fomente a ética processual, que fomente o uso cada vez mais correto do vasto ordenamento jurídico que temos.

É um modo correto de pensar, em agir para que o instituto da “litigância de má-fé” passe a ser mais valorizado com o acréscimo dessa sanção, e, portanto, mais temido.

Deve-se atentar, no entanto, que a sanção prevista no art. 18 não se confunde com a multa do parágrafo único do art. 14, pois no nosso ordenamento jurídico, fica proibido o *bis in idem* a dupla punição pelo mesmo fato.

⁵¹ BRASIL. Lei 5.869/73. Lei que institui o Código de Processo Civil após modificação no caput, determinada pela Lei 9.668/98, e do parágrafo 2º com redação determinada pela Lei 8.952/94.

Os parágrafos do art. 18 somente frisam da obrigação solidária, quando mais de um os condenados por litigância de má-fé e do limite no valor para condenação em perdas e danos, pois não pode haver enriquecimento ilícito da outra parte.

A meu ver, a seção de responsabilidade é muito boa e cobre todos os pormenores que possam a vir precisar dela.

Alguns autores criticam a falta de comprometimento dos magistrados que hesitam em aplicá-los, mas essa cautela é absolutamente compreensível devido ao fato de que deve ser analisado o aspecto subjetivo dos atos processuais do litigante e provar a má-fé torna-se muito difícil e é preferível deixar um litigante de má-fé ileso do que condenar um inocente, inibindo, assim, o acesso à justiça.

7 REGIME JURÍDICO GERAL DE ADIANTAMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS E PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA NAS AÇÕES COLETIVAS

Para cumprir a finalidade da tutela coletiva, existe, quanto ao pagamento de despesas processuais e honorários advocatícios, uma regra que permite aos legitimados ativos, não adiantar quaisquer despesas, até que seja encerrado o processo. Tais valores, somente serão pagos no final, pelo vencido, se este não for beneficiário da justiça gratuita.

A regra apresentada expressamente na LACP, fora introduzida no CDC, em seu art. 87, para não deixar dúvida quanto à aplicabilidade dos arts. 17, 18 e 19 da primeira legislação citada. Pode até parecer estranho, mas legislação anterior, completa legislação posterior, no que tange à LACP, enquanto o art. 87 é usado como regra geral para as ações coletivas.⁵²

Estas são regras importantes para o ordenamento jurídico, pois respeitam a acessibilidade, no seu sentido mais amplo. Têm o objetivo de facilitar o acesso à justiça, e quando se fala de direitos transindividuais; é um dos poucos estímulos que o legitimado tem para propor uma Ação Popular, pois há inúmeros fatores que inibem o ajuizamento de processos coletivos, como o desconhecimento do próprio direito, a hipossuficiência técnica e econômica, tempo de duração do processo, eventual subordinação hierárquica entre os litigantes, diferença de qualidade de advogados, e o próprio temor da sucumbência, entre outros.⁵³

Vemos como exemplo, o próprio art. 87 do CDC que, juntamente com os arts. 17 e 18 da LACP criam outra regra para o condenado por litigância de má-fé, se associação autora, que não só devem pagar honorários e despesas, como devem pagar as custas, aumentadas em dez vezes, como sanção por ser má litigante. Então temos a exclusão da regra geral, criando uma exceção, para que a sucumbência seja ainda pior.

⁵² Convém ressaltar que tal norma também é reproduzida na Lei de Ações Populares, a Lei nº 4717/65, art. 13: “A sentença que, apreciando o fundamento de direito do pedido, julgar a lide manifestamente temerária, condenará o autor ao pagamento do décuplo das custas.”

⁵³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública, em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 361.

8 SANÇÕES PROCESSUAIS NAS AÇÕES COLETIVAS

As sanções processuais existentes no processo civil são, dentre outras, a condenação ao pagamento das custas, despesas processuais, honorários advocatícios e valores pecuniários em relação à falta de ética processual.

Existem diversos motivos pelos quais os artigos que tratam de litigância de má-fé recebem várias críticas, para entendê-las, todas, deve-se analisar, primeiramente, os artigos, para depois criticá-los.

O artigo 17 da LACP dispõe: “Em caso de litigância de má-fé, a associação autora e os diretores responsáveis pela propositura da ação serão solidariamente condenados em honorários advocatícios e ao décuplo das custas, sem prejuízo de perdas e danos”.⁵⁴

Este artigo define da responsabilidade por dano processual causada pelas partes, no que tange à Ação Civil Pública. Ao tratar das responsabilidades das partes por dano processual, entende-se a definição de litigância de má-fé (que são atos processuais das partes que não estão de acordo com a ética) e vimos também que essa condenação pode ser decidida de ofício ou a requerimento e pode se dar em qualquer instância do processo.

O motivo pelo qual existe essa punição, por um ilícito processual, é o do fomento da prática da ética processual. Deve-se evitar a litigância com malícia e, portanto, punir de forma severa os litigantes, com perdas e danos, sucumbência e com multa.

A litigância de má-fé é regulada pelo CPC, CDC e LACP, porém nos casos de ACP, deve ser usado primeiramente a LACP, depois o CDC e, somente no silêncio dos dois, é usado o CPC.

É importante observar que o art. 17 foi modificado pelo Código Consumista, em seu art. 117, que apenas diz para retirar o caput original do art. 17 e deixar somente o parágrafo único em vigor, o que deixou o art. 17 meio que com a redação truncada, mas até hoje não houve ratificação, a doutrina passou a adotar a descrição apresentada acima, ao invés de “Em caso de litigância de má-fé a danos”.

Mesmo assim a redação atual encontra-se melhor que a original, pois gerava protestos da doutrina a expressão “pretensão manifestamente infundada”, usada no dispositivo, em detrimento da expressão “litigância de má-fé”. Litigância de má-fé, como se sabe, é muito mais bem definida do que a expressão original usada, pois a segunda, por definição (encontrada no CPC, art. 17), abrange a primeira, tendo sua definição no CPC e abrange a

⁵⁴ BRASIL. Lei 7.347/85 que disciplina a Ação Civil Pública, após modificação dada pela Lei 8.078/90.

primeira. A expressão original foi duramente criticada, pois dava margem a diversas interpretações, o que poderia ser perigoso.

Entretanto, essas mudanças ocorrem apenas do CDC para a LACP, ou seja, outras leis anteriores, que usavam “pretensão manifestamente temerária”, como a Lei de Ações Populares, continuam com a redação original. Por analogia, usa-se o CDC para essas leis também.

Além disso, o art. 17, que trata de sanção processual, juntamente ao art. 18, que também trata da sucumbência, não menciona qualquer legitimado a não ser a Associação Civil, o que faz muitos estudiosos entenderem que, para os outros legitimados, o Código a ser usado é o de processo civil. Essa posição, todavia, é minoritária.

Essas, dentre outras dúvidas geradas pela regra ainda não foram sanadas, ou sequer revistas.

Ao analisar o artigo, parte por parte, é possível observar muitas delas:

A primeira parte “em caso de litigância de má-fé”, explica que, em caso de atitudes em que há falta com a verdade e desacordo com o dever processual das partes, atos manifestamente protelatórios desprovidos de boa-fé, a parte será condenada ao que o artigo acima condena.

O problema nesta parte já é antiga discussão da doutrina. O instituto “litigância de má-fé” sempre foi um instituto muito subjetivo, exigindo demais da prova de subjetividade, dolo de ação, para que fosse aplicado, sendo assim, o seu próprio uso na justiça tem sido pouco, os juízes preferem se quedarem complacentes a um caso de litigância, do que punir um potencial inocente, pois não conseguiram verificar ou até mesmo provar, ao longo do processo, com estes atos protelatórios, por exemplo.

Este instituto tem duas finalidades a repressiva e a profilática. A sanção pune os que inseriram no ilícito, ou seja, reprime os já “culpados” e também evita, por ser bem onerosa, que os litigantes cometam tais atos, evitando assim sua sanção.

Com a ação dos magistrados no sentido de que é muito difícil provar o dolo de agir do instituto, acaba por existir um certo desprestígio da figura, que não consegue muito eficazmente o seu objetivo.

Podemos ver como exemplo prático disso, a seguinte jurisprudência da área cível:

AGRAVO INOMINADO EM APELAÇÃO CÍVEL. AGRAVO CONTRA DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR QUE NEGOU SEGUIMENTO AO RECURSO. DIREITO CIVIL. SEGURO. INDENIZAÇÃO POR INVALIDEZ TOTAL E PERMANENTE. PROVA PERICIAL CONTUNDENTE. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. RECURSO DE APELAÇÃO INCONSISTENTE. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. Segurado que tem a sua invalidez total e

permanente confirmada por perícia judicial, cujo resultado não gera a menor dúvida da ocorrência do sinistro, deve receber a indenização contratada. Recusa de pagamento infundada por parte da seguradora, adotando postura que beira a **litigância** de má-fé. Afronta aos princípios da boa-fé objetiva e do *pacta sunt servanda*. Sentença que se mantém. Negado seguimento ao recurso, na forma do artigo 557, caput, do CPC. Ausência de argumento novo que justifique a sua revisão. Nego provimento ao recurso.⁵⁵

É possível observar que, mesmo acusando os atos do apelante como temerários, o julgador hesita em condená-lo. A legislação de litigância de má-fé não é aplicada no processo civil com a frequência desejada, e isso se repete no processo coletivo.

Isto faz com que o art. 17 da LACP seja muito pouco utilizado, o correto seria elaborar uma lista de atos que não seriam aceitos no caso de uma Ação Civil Pública, já que este é um tipo de ação extremamente sério, e precisa de uma eficiente regulação.

A segunda parte a ser analisada diz da “associação autora e os diretores responsáveis”. Ou seja, a regra apenas dispõe para um dos legitimados para propositura da ACP: as associações.

O dispositivo não é bem claro, o restante dos legitimados ativos, estão livres dessa punição e seguem a regra do CPC ou estão livres desta regra e não são punidos por serem membros da Administração dotados de idoneidade? É certo que estes entes, quando agem como parte num processo, detêm das mesmas prerrogativas de qualquer pessoa capaz. O que levaria o legislador a punir somente a associação e seus os diretores?

Verificar-se-á em algumas laudas, mas o que é importante ressaltar é o fato de incluir apenas um dos diversos legitimados para esse dispositivo, fere o princípio constitucional da igualdade, segundo o qual todos são iguais perante a lei, mas não perante esta lei, que trata a associação autora em detrimento dos demais legitimados.

O dispositivo também menciona os seus diretores, o motivo vem a seguir, na terceira parte do artigo: “responsáveis pela propositura da ação”, isto quer dizer que a sanção apenas existe se a associação litigar com má-fé e for parte autora, respondendo à ação como ré, a regra do CPC deve ser usada. É de extrema importância a verificação da grande violação do princípio da igualdade, já que, se condenada à litigância deverá pagar o décuplo das custas, mas não pode ver o mesmo acontecer se ré numa Ação Civil Pública. As partes (autor/réu) devem ser tratadas igualmente, como enuncia o CPC, em seu artigo 125, inciso I.

⁵⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Direito Civil. Agravo. Pagamento de Seguro por Invalidez. Apelação Cível Nº. 2008.001.57999 da Décima Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelante: Icatu Hartford. Apelado: Onofre José Coutinho. Rio de Janeiro- RJ, 12 de novembro de 2008. Lex: Site do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Já a quarta parte, “serão solidariamente condenados”, é o início da segunda metade do artigo. Enquanto a primeira informa quem está sujeito à regra, a segunda informa qual é a punição.

A palavra “condenados” institui o caráter de punição do artigo, ou seja, a partir desta palavra, será descrita a punição dada aos litigantes de má-fé que fazem parte da associação autora.

O advérbio “solidariamente” institui à sanção o caráter solidário, quer seja, é uma obrigação solidária a condenação. É por isso que os diretores são explicitamente mencionados no artigo, pois eles são parte da obrigação solidária da punição.

Deve-se analisar, então que, se a associação autora não pagar com a punição devida, os legitimados à habilitação podem cobrar de seus diretores. Ou até mesmo cobrarem diretamente dos diretores sem antes cobrarem da associação, pois a obrigação é solidária (obrigação na qual há vários credores e devedores, que têm entre si uma solidariedade jurídica).

Vale ressaltar que esta cobrança pode ser a apenas um dos diretores e que pode ser do valor integral, devendo este pedir a parte que não era sua de direito, aos outros diretores ou à associação, em ação de regresso.

Vemos, portanto, que a LACP, nesse caso, usa a Teoria da Despersonalização da Pessoa Jurídica, mais tarde reiterada pelo CDC em seu art. 28 e pelo Código Civil de 2002 em seu art. 50, na qual a pessoa jurídica passa a responder pelos atos por ela cometidos, não mais com o patrimônio da pessoa jurídica e sim com o patrimônio de seus representantes. Essa teoria fora instituída no ordenamento jurídico brasileiro para evitar que alguém registre uma pessoa jurídica somente para não responderem pelos seus atos como pessoa física, mas requer confusão patrimonial e desvio de finalidade para ser usada na esfera civil.

É flagrante que inibe o acesso à justiça. Uma associação que precisar entrar com uma ACP poderá não fazê-lo, para não arcar com os riscos de serem condenados. Mais do que isso, uma associação não tem os mesmos meios investigativos de quaisquer outros dos legitimados, como o inquérito civil do MP, o que pode dar margem ainda maior para que adentre num processo, sem ter o direito fundamentado pra isso (só que não sabia, pois não tinha os métodos investigativos para isso e precisava adentrar para proteger o interesse coletivo). Pode prejudicar muito, pois a associação não pode de nenhum jeito ser inibida do seu direito de ação, pois a proteção dos direitos supraindividuais apenas pode ser feita pelos legitimados especificados na lei. Inibir um dos legitimados pode significar na renegação desse direito, que não seria protegido.

Além disso, a Teoria da Despersonalização da Personalidade jurídica, aplicada nesse caso, foge da regra que a pessoa jurídica somente poderá ter sua personalidade jurídica desconsiderada, quando houver realização de fraude. Ademais, não pode ser usada para criar desigualdade entre as partes.⁵⁶

“Em honorários advocatícios” é a parte mais pacífica entre a doutrina. Nada mais razoável que, o condenado por litigância de má-fé, que proporcionou à justiça o grande dispêndio de forças sem ter a seu lado o direito, pague a força de trabalho dos advogados, profissionais liberais, por seu esforço. Esta vai ao encontro do exposto no art. 17 do CPC, mas claro, que gera grande onerosidade se a juntarmos com o restante das sanções previstas. Mesmo sendo a parte mais pacífica, gera dúvidas, se juntarmos os dispositivos seguintes da LACP, e ainda não se sabe como agir em caso dos legitimados ativos perderem a ação.

A sexta parte a ser analisada “e ao décuplo das custas” também é importante.

O condenado deverá pagar não só as custas processuais, que não precisam ser adiantadas de pronto (conforme art. 18 da LACP), mas esse valor multiplicado por 10 (dez) como forma de punição por ter cometido esse ato contra a ética.

As Ações Coletivas, no geral, têm um alto valor de custas, pois trata de assuntos demais importantes têm um alto valor de causas e exigem das partes a sua maior dedicação.

O art. que trata da responsabilidade no CPC, a ser usado secundariamente, já prevê um encargo muito alto como sanção para aquele que for condenado: 1% do valor da causa, o que, no caso de uma ação coletiva, seria uma grande importância, já que os assuntos dos quais tratam as ações coletivas geralmente vêm acompanhados de soluções bem caras como obrigação de fazer ou não- fazer.

Porém, a LACP exagera, e dispõe de dez vezes das custas e esse valor pode até chegar a ser maior que 1% do valor da causa, pois as custas são calculadas diretamente proporcionais a ele. O ideal seria ter o décuplo das custas como o limite da sanção, para que, dependendo do valor da causa, esse valor não seja nem irrisório, nem demasiado.

Esse valor é, definitivamente, inconstitucional, pois não denota de razoabilidade ou proporcionalidade.

Ora, qualquer um dos legitimados que propuser uma ACP conhece bem a legislação e faz parte do Poder Administrativo, isto é, sabe quais são suas obrigações e, se por acaso o fazem sem embasamento legal, pelo menos suas intenções são legítimas. Por isso mesmo, é muito difícil provar a má-fé dessas instituições.

⁵⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 126.

Caso provado, entretanto, há a punição por litigância de má-fé, mesmo que seja um membro da administração o legitimado e, apesar de (mais uma) discussão doutrinária quanto ao dever de pagar a sucumbência ou não, é certo que essa punição de alto valor não vale para ele, pois o artigo deixa isso claro. Onde está a razoabilidade de punir tão severamente um órgão que o próprio legislador aprovou como idôneo o bastante para defender os direitos coletivos? Além disso, onde está a proporcionalidade entre a ação e a punição?

Mesmo se usássemos o parágrafo único do art. 17 como objeto de comparação, ainda assim teríamos uma pequena porcentagem, contra uma grande multiplicação.⁵⁷

O caso, então, torna-se delicado, pois não há porque dar o poder e a acessibilidade à justiça da gratuidade, para propor ação, se depois o inibe com uma sucumbência tão grave?

A última parte “sem prejuízo de perdas e danos” encerra esse dispositivo.

A expressão “sem prejuízo” vem para frisar que as condenações de honorários advocatícios e do décuplo das custas são obrigatórias e que será obrigatório também o pagamento de perdas e danos causados à outra parte, se houver.

Enumerados todos os pormenores deste artigo, podemos encontrar inconstitucionalidades, exageros, omissões e diversas interpretações para todas as partes enumeradas, ou seja, este artigo tal qual foi tão mal redigido que nenhuma parte pode ser salva.

O correto e mais urgente para uma punição por litigância de má-fé, seria o ressarcimento de todas as perdas e danos causados por essa prática a outra parte, juntamente com o pagamento de uma multa de valor plausível, mas há uma sanção deveras severa junto a essa obrigação proposta pelo dispositivo, o que pode comprometer o seu cumprimento.

Para constar, na redação original do caput art. 17 constava válida a regra do CPC, mas falava de pretensão manifestamente infundada, ou seja, quando a ação foi proposta sem justificativa, de acordo com o que hoje corresponderia ao art. 17 VI do CPC, que ocorreria, por exemplo, num incidente de exibição de documento que não tem a menor relação com a causa.

Mais uma vez, vale ressaltar que, é muito difícil provar esta manifestação, no exemplo acima dado, como provar que a parte autora (no caso, a associação autora) realmente pediu a exibição do documento sem nenhum fundamento? Ela poderia ter um fundamento que apareceria somente quando o documento mostrasse aquilo que ela queria que mostrasse. Se o documento não mostrar aquilo que ela precisava é considerado litigância de má-fé? Não?

⁵⁷ Ainda assim, melhor do que se fosse usado o critério do valor da causa, já que, em casos de Ação Civil pública, na maioria das vezes esse valor é milionário.

Simplesmente ela não viu o que achava que ia ver no documento, o que nunca seria comprovado se não houvesse sua exibição. Acreditar na boa-fé inicial das pessoas é essencial para a segurança jurídica e para a correta aplicabilidade do colorário de acesso à justiça.

O correto e mais urgente para uma punição por litigância de má-fé, seria o ressarcimento de todas as perdas e danos causados por essa prática a outra parte, mas há uma sanção deveras severa junto a essa obrigação proposta pelo dispositivo, o que pode comprometer o seu cumprimento.

Mais uma vez, vale ressaltar que, é muito difícil provar esta manifestação, no exemplo acima dado, como provar que a parte autora (no caso, a associação autora) realmente pediu a exibição do documento sem nenhum fundamento? Ela poderia ter um fundamento que apareceria somente quando o documento mostrasse aquilo que ela queria que mostrasse. Se o documento não mostrar aquilo que ela precisava é considerado litigância de má-fé? Não? Simplesmente ela não viu o que achava que ia ver no documento, o que nunca seria comprovado se não houvesse sua exibição. Acreditar na boa-fé inicial das pessoas é essencial para a segurança jurídica e para a correta aplicabilidade do colorário de acesso à justiça.

O artigo 18, por sua vez, reitera a regra:

Nas ações de que trata esta Lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais.⁵⁸

Esse artigo apenas foi reproduzido da Lei anterior que versava sobre ações coletivas, a Lei de Ação Popular nº 4717/65 e fora modificado, em 1990, pelo CDC.

Em sua redação original, era apenas a reprodução da regra da Lei da Ação Popular, tratando da responsabilidade pelas custas e despesas processuais. Porém, com o advento do art. 116 da Lei nº 8078/90 há acréscimo da cláusula simétrica à do art. 17 (LACP), sendo assim, modificou-se o entendimento da jurisprudência e doutrina em relação à condenação por má-fé.

Vemos que o legislador, corretamente, separa o ônus da sucumbência e as sanções decorrentes da litigância de má-fé.

⁵⁸ BRASIL. Lei 7.347/85, que disciplina a ação civil pública, após modificação dada pela Lei 8.078/90.

Antes do CDC, o art. 17 falava das sanções processuais e o art. 18 falava apenas das despesas do processo, da falta de adiantamento deles, ensejando uma gratuidade de justiça para a proposição de uma Ação Civil Pública.

Assim sendo, pode-se notar a primeira discrepância sobre as sanções processuais: o artigo 17 diz que as associações autoras devem pagar com o décuplo das custas, caso condenadas por litigância de má-fé e o artigo 18 generaliza os legitimados, dizendo que todos responderão com as custas, sucumbência e despesas, caso condenados por litigância de má-fé. Parecia que a LACP seguia a parte da doutrina que defende que Entes Públicos não sucumbem, pois oneraria o erário.

Porém, após o Código Consumista, houve uma mudança de interpretação: enquanto o art. 17 trata apenas da conduta por atividade processual de má-fé e está endereçado explicitamente para a associação autora, o art. 18 trata do custo do processo e das despesas, em relação a qualquer legitimado ativo, sendo que estes, se não forem associação autora, só serão condenados ao pagamento dessas despesas, caso ajam de má-fé.

Passou a haver aceitação da doutrina, que entende que todos os entes legitimados para propositura da ação civil pública, sejam públicos ou não, podem ser condenados à litigância de má-fé, isto nada mais é que a doutrina reproduzindo a manifestação da jurisprudência de que entes públicos podem ser condenados por litigância de má-fé, como demonstrado abaixo:

INSS – INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – CONFIGURAÇÃO – APLICAÇÃO DE PENALIDADE – Resta evidente o procedimento de induvidosa má-fé de que se vale o INSS, ao recorrer contra decisão homologatória de acordo, onde declarou-se a natureza jurídica das parcelas avençadas. Inexistindo recolhimento previdenciário a ser efetuado, ou comprovadamente recolhidas as importâncias devidas à Previdência, acaba, o INSS, por retardar o arquivamento do feito, devendo arcar com o ônus decorrentes de sua conduta. Cabível, pois, imputar-lhe condenação pertinente à satisfação de indenização fixada em 10% calculados sobre o valor do acordo, a cada uma das partes.⁵⁹

Sendo que, a regra mais rigorosa do art. 17 apenas valeria para as associações autoras e que, o art. 18 falaria das custas e despesas para todos os legitimados, ou seja, que estas não seriam cobradas, a não ser em caso de sanção por má-fé. Assim, entes públicos poderiam sim ser condenados por má-fé, em detrimento do Princípio administrativo de presunção de legitimidade de seus atos e condutas.

⁵⁹ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho (9ª Região). Direito do Trabalho. Processo número: 10390/2001. Curitiba- PR, 15 de fevereiro de 2002. Relator. Juiz Sergio Murilo Rodrigues Lemos. Lex: http://www.centraljuridica.com/jurisprudencia/t/83/p/2/litigancia_de_ma-fe/litigancia_de_ma-fe.html

Por isso, assim se quedou a questão das sanções processuais em tutela coletiva, mais especificamente em Ações Civis Públicas.

Em relação às despesas, elas nunca seriam adiantadas, por nenhum legitimado que proponha ação, e também não serão pagas ao final, se vencedora for a outra parte, com exceção do legitimado ativo ser condenado por litigância de má-fé, quem quer que seja ele.

Em relação aos honorários advocatícios, nunca seriam adiantados (como de praxe) e, ao final, seriam pagos pela parte vencida. Neste ponto há uma divergência dependendo de qual legitimado ativo for a parte vencedora. Vencida a outra parte, em relação ao MP, parte da doutrina não aceita o pagamento de honorários advocatícios, pois estes seriam destinados apenas a advogados. Outra parte aceita o pagamento, que seria revertido ao erário, nunca, porém ficando com o ente federado. Se a parte vencida for o legitimado ativo, só será pago se for associação e se for condenada por litigância de má-fé.

Em relação às custas, também nunca seriam adiantadas e nunca seriam pagas caso o vencido venha a ser o legitimado extraordinário, exceto se condenado por má-fé. Ainda nessa regra as associações civis quando vencidas e condenadas, devem pagar dez vezes o valor das custas.

Esses entendimentos, ainda que majoritários, proporcionam enorme controvérsia quanto ao assunto e, mesmo que essa seja a melhor interpretação, discute-se, por causa da má redação desses artigos, se o pagamento dos honorários e despesas se dará, caso haja apenas a perda da ação, sem condenação por litigância de má-fé. Parte da doutrina afirma que deve haver pagamento das custas e outros valores pela parte sucumbente, mesmo que sem condenação, pois se deve usar o art. 20 do Código de Processo Civil, que é aplicável à Ação Civil Pública, conforme art. 19 da Lei que a regula, essa posição não é a do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e de alguns tribunais como o de São Paulo. Outra parte entende que não, que caso perdedor, o legitimado que propôs a ACP não pode arcar com os prejuízos de despesas, custas e sucumbência, devido à nova redação do art. 18. Essa posição parece melhor, pois não onerará os cofres públicos com eventual sucumbência num processo de imenso interesse público, que nunca pode ter seu acesso à justiça inibido.

Ainda com relação a esse assunto, entende o professor Rodolfo Machado Mancuso, corroborando o professor Édís Milaré:

‘Para a associação autora, salvo comprovada a má-fé, não existe, mesmo vencida, qualquer condenação em honorários de advogado e despesas processuais. No que se refere aos entes políticos e às pessoas administrativas legitimadas,

respondem por honorários advocatícios, mas não por despesas judiciais, pois, não tendo havido adiantamento destas, não haverá ensejo para reembolso.’ Quanto ao Ministério Público, entende o autor que está ‘imune ao ônus da sucumbência. Primeiro porque milita a seu favor uma presunção de boa-fé. Segundo porque ele atua em nome da coletividade.’⁶⁰

Existem também posições que protegem a associação autora, confirmando que a regra é o não adiantamento desses valores, que serão pagos ao final pelo vencido, exceto quando associação autora não sucumbente por má-fé for a vencida, caso em que também não precisa pagar os valores. Outra exceção são os casos de legitimados serem entes federados desprovidos de personalidade jurídica, quando o ônus de sucumbência será arcado pela Fazenda Pública.⁶¹

Enfim, o art. 18 é uma regra bem intencionada, no sentido de querer facilitar o acesso à justiça, mas por outro lado é regra muito teórica, pois surgem problemas práticos, como, por exemplo, o pagamento de peritos, que trabalhariam, em muitos casos, gratuitamente, custeando perícias, muitas vezes por demais caras, do seu próprio bolso. Apesar do salário do perito não ser considerada, pela jurisprudência, custas, não se pode pedir de um profissional que trabalhe, mesmo que, algumas vezes, sem receber, principalmente quando se trata de perícias de ações civis públicas, porque são, em sua maioria, complexas, exigindo, em casos, uma equipe multidisciplinar de peritos, que não teriam como ser pagos. Como exemplo prático, temos a perícia nas ações civis públicas envolvendo a transposição do rio São Francisco.⁶²

Isso gerou ainda mais uma divergência: de onde tirar o dinheiro para custear os profissionais particulares que trabalham no processo coletivo? Tribunais Regionais Federais têm solucionado o problema de diversas maneiras, nenhuma delas, no entanto, pacificada. Dentre as soluções vista temos: rateio dos salários pelas partes, decisão para o adiantamento de honorários do perito (quando não funcionário da justiça), paralisação da ação por falta de remuneração do perito e até mesmo transferir o ônus do perito para o réu, o que causaria nulidade da sentença.⁶³

⁶⁰ MILARÉ, Édís, *A ação civil pública em defesa do meio ambiente*. São Paulo: RT, 1995 *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007 p. 368.

⁶¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007 p.368

⁶² *Ibid* p. 374

⁶³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007 p. 374

Esse é mais um problema que diminui a eficácia da Ação Civil Pública como instrumento de proteção dos interesses difusos e coletivos.

Esgotados os posicionamentos quanto ao pagamento dos valores sancionatórios, analisar-se-á as críticas feitas a cada parte do art. 17, de acordo com a doutrina.

9 AS POSIÇÕES DOUTRINÁRIAS

9.1 Quanto ao princípio da isonomia

O princípio da isonomia é aquele que se encontra no artigo 5º, caput, da CF/88 e diz que todos são iguais perante a lei, sem nenhuma distinção, de qualquer natureza. Este princípio, que deve ser respeitado por qualquer lei infraconstitucional, pois qualquer norma constitucional tem soberania em relação a qualquer outra norma do ordenamento jurídico brasileiro.

Ele é reproduzido em diversas leis ordinárias, como no art. 125, I do Código de Processo Civil; art. 373- A, da Consolidação das Leis do Trabalho, entre outros.

No entanto, é desrespeitado duas vezes pelos artigos da LACP que tratam da responsabilidade pela sucumbência e dano processual. Primeiramente, quando prescreve sanção mais danos para a associação civil, em detrimento dos outros legitimados, que são entes públicos; e em segundo lugar, quando atribui responsabilidade solidária aos diretores dessas associações, no caso dessa sanção mais danosa.

Quanto a esse segundo critério, a isonomia é quebrada, pois as empresas condenadas por litigância de má-fé que figurem como réis, não estão sujeitas à Teoria da Despersonalização da Personalidade Jurídica, e sujeitar apenas a parte autora é não tratar as partes de forma igual. Num mesmo processo as partes devem estar sujeitas às mesmas punições pelos mesmos atos.

Por outro lado, há uma corrente que aceita essa cobrança solidária, pois essas entidades “atuam por um interesse próprio, que poderia dizer institucional ou organizacional, decorrente dos fins de sua criação, não sendo possível, por conseguinte, admitir que exerçam uma simples atividade econômico-lucrativa às custas de seus membros, desvirtuando-se em atividade comercial”.⁶⁴

Esses artigos têm o objetivo, segundo a doutrina, de evitar o desvirtuamento das ações coletivas, para que não sejam “propostas de forma leviana ou com espírito emulativo, mal dissimulando intenções de cunho político ou mesmo de vingança pessoal”.⁶⁵

⁶⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007 p.379, 380.

⁶⁵ *Ibid* p. 362

O motivo real para a propositura de uma ação coletiva deve ser a proteção do Direito Metaindividual, por isso cumprem um papel social tão importante para a sociedade, que justificaria toda a sua legislação, inclusive a regra sancionadora tão abusiva.

Há ainda parte da doutrina, representada por Marcelo Abelha, que é a favor dessa diferença de tratamento, pois a associação civil apresenta “intuitiva fragilidade substancial se comparado aos demais”⁶⁶, ou seja, de nada os entes públicos legitimados se beneficiariam da gratuidade de justiça, mas poderia tirar proveito dessa vantagem a associação civil.

Tais dispositivos, além de distanciarem do regime geral da matéria, prevêm sanções, tudo isso para se aproximar da finalidade das ações coletivas, que visam judicializar os interesses coletivos e difusos, porém existem justificativas mais fortes para a não aplicabilidade dessa regra. O professor Rodolfo Mancuso aponta muito bem as retóricas ao argumentar que:

Para o bom equacionamento do problema, impende destacar alguns senões que se, vislumbram na sistemática legal que rege a espécie: a) a colusão não é fenômeno exclusivo das ações civis públicas, mas ocorrentes nas ações em geral, prevendo o Código de Processo Civil que, em tal caso, deve o juiz proferir ‘sentença que obste aos objetivos das partes’(art.129); por esse prisma, a litigância de má-fé teria sido exacerbadamente apenada no art. 17 da Lei 7.347/85 (condenação no décuplo das custas); b) um tratamento assim rigoroso para com a associação vencida é ainda discriminatório em face aos demais co-legitimados ativos, como se apenas as associações pudessem mover ações civis públicas manifestamente infundadas; c) esse excessivo rigor, qualificado pela quebra de isonomia em face dos demais co-legitimados ativos, engendra o grave inconveniente de *atemorizar* as associações de defesa dos interesses metaindividuais, mormente em se considerando, como lembra Paulo Affonso Leme Machado, ‘a dificuldade que essas entidades têm em obter meios para a propositura da ação’.⁶⁷

Muitos justificam a desigualdade com a interpretação do art. 5º, caput da CF/88, entende que tratar todos iguais também significa tratar os desiguais de forma desigual e como a associação é a parte desigual entre os legitimados, já que todos os outros são entes públicos. Essa mesma justificativa é usada por parte da doutrina que é contra essa desigualdade, pois a associação é legitimado mais fraco, pois não conta com ferramentas como o inquérito civil para a propositura de uma ação coletiva e também não conta com a presunção de legitimidade de seus atos, o que não daria sentido ao fato de ser tratada mais severamente.

⁶⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007 p. 364

⁶⁷ Loc. Cit.

Como se vê, há muitas razões para as sanções dos dispositivos citados e para o tratamento diferenciado, porém em detrimento de muitas outras razões, como o Princípio da Isonomia (art. 5º, caput da CF/88) e o Princípio do Acesso à Justiça (art. 5º, XXXV da CF/88).

Deve-se observar que vários dispositivos das leis processuais tratam da litigância de má-fé no ordenamento jurídico e que todos eles podem ser, de uma ou de outra forma, aplicáveis à ACP, e esse é o motivo pelo qual esse texto dá ênfase a esse tipo de Ação Coletiva, pois ela contém expressamente em sua legislação, todas as outras legislações que tratam da matéria, devido aos seus arts. 19 e 21, sendo, então, a mais abrangente de todas, incluindo LACP, CDC e CPC.

Todos os dispositivos, no entanto, prevêm sanção pecuniária com base em um valor, para o perdedor da ação, além da condenação ao pagamento de custas despesas e honorários.

Acontece que o pagamento das custas está intimamente ligado ao fato objetivo da derrota, o que não causa problema algum se a ação for individual, pois o derrotado paga as custas de um processo que desferiu despesas à Fazenda Pública que foram provocadas por ele mesmo e não tinha razão (por isso, derrotado).⁶⁸

Porém, no caso da tutela coletiva, os legitimados são extraordinários, ou seja, não fazem parte da relação jurídica e sim são autorizados por lei a propor a ação. O legitimado extraordinário não é titular do interesse defendido e sim um representante, não é um “perdedor” em caso de improcedência da demanda, e também de nada tiraria proveito de uma litigância temerária. Assim, justificável seria se a associação civil temesse uma propositura de ação coletiva, pois não estaria defendendo interesses próprios e sim, difusos.

Tais regras, portanto, podem levar a certa inibição do acesso popular às ações coletivas, já que, as associações, quando autoras, representam a participação popular para a melhor gestão da coisa pública.⁶⁹

Por outro lado, igualar o restante dos legitimados às associações autoras, no que tange a sanção processual, também não cumpriria sua função de punir sem inibir o acesso à justiça, pois o ente público (União, Estados, Municípios, Defensoria, etc) consegue seu dinheiro através de tributos pagos por parcelas da sociedade.

Por conseguinte, toda demanda coletiva poderia ser mal vista, até mesmo pela população, pois uma eventual sucumbência (até mesmo sem condenação) poderia onerar o próprio indivíduo da sociedade, já que, ao distribuir parte do dinheiro da Fazenda Pública para

⁶⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007 p.364

⁶⁹ Ibid p. 363.

tal fim, pode haver prejuízo para outras áreas de proteção da própria Administração, para qual o valor poderia ser revertido.

Como se pode ver, a matéria é complexa e que, mesmo resolvendo uma parte dela, como a isonomia, outras partes ainda persistem como o acesso à justiça, o pagamento pelas despesas processuais, entre outros problemas. Os dispositivos dão margem à diversas interpretações, que podem causar a criação de diversas correntes doutrinárias e diferentes jurisprudências.

De fato há uma desigualdade nos artigos analisados das legislações vigentes sobre tutela coletiva e que tratam de despesas e sanções processuais. Como solucionar a quebra do princípio constitucional da isonomia, no entanto, ainda é uma matéria dotada de divergência.

Existe uma corrente que afirma que pode haver uma interpretação extensiva dos artigos 17 e 18 e que todos os legitimados estão sujeitos às suas regras, justamente para não ofender ao princípio do art. 5º caput da CF/88, mesmo arriscando um ônus ao erário.

Para esta corrente, a menção, nos arts. 17 e 18, da expressão “associação autora” é apenas para deixar claro que, no caso da condenação destas, há a obrigação solidária entre os diretores, isto é, a expressão apenas está ali para justificar a teoria da despersonalização da pessoa jurídica.

Outra corrente usa o art. 87 do CDC para dizer que, no caso de litigância temerária (que é apenas um dos moldes da litigância de má-fé, como visto anteriormente), qualquer legitimado extraordinário pode ser condenado aos valores descritos no dispositivo. Aí também há uma interpretação extensiva da regra.

Na verdade, esta corrente ainda vai mais longe e diz que:

Qualquer dos litigantes ou intervenientes na ACP pode ser considerado litigante de má-fé. A condenação pode atingir indistintamente a associação autora, o sindicato autor, a pessoa jurídica autora ou ré, de direito público ou privado, bem como entes desprovidos de personalidade jurídica, a quem a lei conferiu legitimidade para estar em juízo.⁷⁰

Outra corrente, defendida por João Batista de Almeida, entende que somente as associações podem ser condenadas a honorários advocatícios, porém, às custas e às despesas, é permitida a condenação a qualquer legitimado.⁷¹

Ricardo de Barros Leonele, por sua vez, entende que:

⁷⁰ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo Coletivo. 3. ed. Salvador: Juspodvim, 2008. v.4. p. 339 e 340.

⁷¹ Ibid p. 340.

As pessoas jurídicas de direito público devem suportar os honorários advocatícios, porque a atuação como legitimado coletivo é eventual, não se inserindo em suas finalidades institucionais essenciais, não havendo razão para qualquer incentivo legislativo, como a isenção do dever de suportar a sucumbência.⁷²

É uma matéria que já fez dezoito anos e ainda assim acarreta enorme discussão da doutrina e jurisprudência.

9.2 Quanto ao décuplo das custas

O ideal do art. 17 é buscar punir o autor imprudente, que move ação de forma leviana, sem preocupação em saber se realmente há violação de interesse transindividual. Não é exigível que o autor saiba os pormenores dos procedimentos de uma empresa que está poluindo um rio, mas é exigível, pelo menos que se saiba que é, de fato, esta empresa que está poluindo o rio, caso contrário ações civis públicas poderiam ser propostas com o objetivo de “vingança”, por exemplo.

Isto posto, fica a dúvida quanto a afirmação do pagamento de dez vezes as custas como sanção.

Essa parte dos dispositivos poucas vezes foi tratada pela doutrina. Parte dela se posiciona a favor, porém não existem muitas soluções para o exagero do dispositivo, ao procurarem-se nos escritos.

É certo que essa multiplicação é inconstitucional, pois fere a razoabilidade e a proporcionalidade, já que os valores das custas processuais podem chegar a milhares de reais, pois Ações Civis Públicas geralmente têm valores de causa milionários.

O princípio da razoabilidade é princípio administrativo usado na interpretação constitucional e significa que a validade dos atos emanados do poder público deve ser aferida à luz de três sub- princípios. São eles: princípio da adequação, princípio da necessidade e princípio da proporcionalidade.⁷³

O princípio da adequação demonstra a correlação lógica entre o motivo-meio-fim.

O princípio da necessidade revela a intervenção mínima do poder público, ou seja, deve-se optar sempre por um meio menos gravoso para a obtenção do fim pretendido.

⁷² LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do Processo Coletivo*, p. 390-391 *apud* DIDIER JR, Fredie; ZANETTI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo Coletivo. 3. ed. Salvador: Juspodvim, 2008. v.4. p.340.

⁷³ Parte da doutrina inclui esse sub princípio, porém, parte da doutrina acha que é princípio independente, o que não é relevante para a discussão aqui tomada.

O princípio da proporcionalidade exige uma ponderação entre o encargo imposto e o benefício trazido.

Então, analisa-se uma norma infraconstitucional, como é o caso do art. 17 e 18 da LACP, tendo como parâmetro a constituição, no caso concreto aqui apresentado, as normas da constituição que visam o bom funcionamento do Poder Público, como o princípio da eficiência (art. 37, caput, CF/88), da moralidade, entre outras; e observa-se se, na relação entre elas há adequação, necessidade e proporcionalidade.

Desde logo, pode-se concluir que não há a presença de qualquer dos princípios.

Quanto ao princípio da adequação, o meio encontrado para que haja uma seriedade na propositura de uma ação civil pública, sem proposituras levianas que desvirtuem a ACP de seu principal fim foi criar (e modificar) esses artigos. No entanto, não há adequação quanto ao fim, pois o que gera é uma inibição do acesso à justiça das associações que querem proteger os interesses tutelados.

Também não há adequação com o art. 129 do CPC, que obriga o juiz a sentenciar de acordo com o objetivo das partes e essa condenação não é de interesse flagrante, principalmente público, pois a sociedade é o maior interessado na resolução de uma ACP.

Não há necessidade de criarem-se esses artigos, pois eles não são o meio menos gravoso da solução pretendida, já que, para as mesmas práticas com dolo subjetivo de propor ação temerária, fora dos fins pretendidos, existe o Código de Processo Civil que sanciona mais levemente, seriamente e melhor, sem deixar lacunas, já que o valor de despesas e sucumbências por si só poderia ser milionário.

Por esse mesmo motivo, não há proporcionalidade, porque, para alcançar o fim pretendido, o encargo imposto é muito alto, já que não traz o benefício esperado, porque, ao impor uma sanção tão grave, desvirtua a real finalidade da ACP de tutelar eficazmente os direitos coletivos, para, por fim, inibir o acesso à justiça.

Não existem soluções propostas pela doutrina, no que tange à regra do décuplo das custas, apenas existem doutrinadores alegando que a regra é exarcebada e que cria um tratamento rigoroso e discriminatório para com a associação.

Observa-se também que, não seria razoável igualar todos os legitimados e condená-los todos a tal valor, pois os problemas de erário já são muitos, mesmo sem o valor multiplicado.

Porém, essa regra super onerosa não deve ficar.

Fica evidente, pela inércia doutrinária e jurisprudencial de todos esses anos, que a solução para esse exagero somente se dará após a aprovação de um Código de Processo Coletivo Brasileiro, pois estes, nos seus inúmeros projetos, possuem soluções para o

problema, como é o caso dos projetos de Códigos de Processo Coletivo Brasileiros já elaborados, pois eles, em sua maioria, retiram a obrigação do juiz da condenação de dez vezes o valor das custas, passa a ser de até dez vezes o valor das custas, para que o juiz adéque o valor da punição ao valor da ação, para não inibir o acesso à justiça. Essa parece ser uma solução mais justa, pois implica em um limite para a sanção, para que sempre seja ameaçadora, porém nunca inibidora.

9.3 Quanto aos legitimados ativos

Ao analisarmos os legitimados para propositura da Ação Civil Pública, observamos que todos fazem parte da Administração, do Poder Público, exceto um.

Não é de se espantar que apenas esse um que está nesse rol que é passível da exagerada sanção com o décuplo das custas.

O princípio da igualdade deve pairar sobre todos os sujeitos da relação processual. Esse princípio é respeitado se os autores da ACP forem membros da Administração, porém, caso seja uma associação, a parte autora, regida pela LACP fica muito mais coagida em seus atos processuais que a parte ré, que receberá a punição severa, mas nem tanto, do CPC, se descumprir com quaisquer de seus deveres processuais.

Além disso, podem ser litisconsortes numa ação civil pública uma associação e um ente do Poder Público, o que, mesmo figurando na mesma parte, quando submetem os dois regimes de sanção processual diferente, também fere o princípio da igualdade.

A sucumbência, portanto, para cada legitimado ativo, fica assim:

Para as associações, não são aplicáveis, salvo litigância de má-fé; para o Ministério Público, a LACP e o CDC não o exoneram como fazem com as associações, e entende-se que o Estado pode arcar com as custas caso o MP seja sucumbente; quanto aos entes públicos, também não lhes são considerados quaisquer benefícios pela LACP e CDC, portanto entende-se que podem também pagar ônus de sucumbência.⁷⁴

Quanto às sanções processuais, assim se queda:

As associações devem pagar perdas e danos, e o décuplo das custas; para o MP a sanção não é aplicável pelo respeito que tem a instituição; para os entes políticos, também não

⁷⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007 p. 376.

seria aplicável, pois cabe ao Estado a gestão da coisa pública e não faria sentido litigar temerariamente, quando envolve interesses sociais relevantes.⁷⁵

Essas são correntes majoritárias, as mais encontradas na doutrina e jurisprudência, porém, ao realizar uma pesquisa minuciosa sobre o assunto, podemos encontrar os mais diversos tipos de interpretação. É importante saber as correntes majoritárias, pois elas serão a base para uma futura reforma dessa parte do processo coletivo.

Justifica-se, a falta de uma sanção exagerada para os entes federados, pois eles são parte da Administração Pública, dotados de legitimidade e que devem cumprir os princípios da administração pública, como a moralidade, legalidade, eficiência, impessoalidade e publicidade.

Sendo assim, não poderiam descumprir quaisquer dos deveres e entrar com uma ACP sem motivo, por exemplo.

Mesmo raciocínio pode ser usado para o *Parquet*, porém deve-se analisar o caso concreto porque isentá-los de qualquer sanção não pode significar impunidade para casos de flagrante litigância temerária. Se há, inclusive, uso indevido de informações e documentos por parte do promotor responsável pela ação, deve-se responsabilizá-lo cível e criminalmente pelos seus atos.

9.4 MP: um caso a parte

Deve-se destacar a participação d Ministério Público nos processos coletivos, em especial na Ação Civil Pública, mesmo porque, é necessário saber o papel do MP, para depois entender as controvérsias existentes sobre sua sucumbência.

O ministério público é um órgão da Administração Pública Direta, que tem, dentre suas funções, a proteção do interesse publico, inclusos, dentre eles, os direitos individuais e coletivos.

Assim como em qualquer processo de tutela coletiva, o Ministério Público deve sempre estar presente na ACP, senão como parte, como fiscal da lei (*custos legis*), segundo o art. 5º parágrafo 1º da LACP. Isso ocorre, pois deve verificar se os direitos coletivos estão sendo corretamente tutelados, também quando não autor ou interveniente. Para completar a

⁷⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007 p. 376.

abrangência da sua atuação, ele pode atuar como litisconsorte de qualquer legitimado, inclusive do próprio Ministério Público Estadual.⁷⁶

Sua função de proteção também é constitucional, como indicam os artigos 127 e 129, III da Carta Magna. Na sua lei orgânica, que regulamenta seus atos, a Lei 8625/93, temos, dentre diversas formas de proteção à coletividade, a propositura da ACP:

“Art. 10 - Compete ao Procurador-Geral de Justiça:

d) oferecer denúncia ou propor ação civil pública nas hipóteses de não confirmação de arquivamento de inquérito policial ou civil, bem como de quaisquer peças de informação.”⁷⁷

Ora, fica claro que esse grande alcance do MP na tutela coletiva é devido ao fato do *Parquet* sempre ser impulsionado pelos interesses do estado, que são interesses públicos, que, por sua vez, são interesses processuais.

A LACP já continha regra que legitimava o MP desde 1985 e outras legislações, como a própria constituição, apenas reiteram a importância desse órgão e das suas funções.

O *Parquet* também pode agir como *custos legis* (fiscal da lei), deve certificar, quando não autor ou interveniente, se os direitos coletivos estão sendo corretamente tutelados.

Para conseguir realizar seus objetivos, ele dota de alguns preceitos, como presunção de legitimidade dos seus atos e condutas. Essa presunção torna legítimo todo e qualquer ato praticado pelo MP, até que seja provado que não é. Deve-se provar, então, que um ato do MP não é legítimo, para que seja anulado, pois a princípio, é válido.

Também baseado nos preceitos, o MP deve obedecer ao princípio da responsabilidade objetiva do Estado.

Por esses e outros preceitos, a nova doutrina se encontra numa ávida discussão, sobre o papel do ministério Público na defesa dos interesses individuais homogêneos:

A doutrina e jurisprudência já permitem o ajuizamento de ações coletivas com base em direitos individuais homogêneos, e postam ao MP a legitimidade *ad causam*, quer o direito seja disponível ou indisponível. Afinal, mesmo sendo um interesse social, sempre afetará o *Parquet*, já que está apenas no cumprimento institucional de seus afazeres. Deve

⁷⁶ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo Coletivo. 3. ed. Salvador: Juspodvim, 2008. v.4. p. 346 existem duas correntes que discutem se os diversos Ministérios Públicos podem demandar perante qualquer justiça. Uma delas vincula os ramos do judiciário à atuação nas respectivas justiças, ou seja, o Ministério Público Federal poderia intervir nos processos de competência federal e assim por diante; e a outra corrente apresentada no texto, de que o Ministério Público pode livremente exercer funções em quaisquer das justiças. Posição esta a mais correta, pois está vinculada ao Princípio do Acesso à Justiça, além de resolver diversos problemas criados pela existência de diversos Ministérios Públicos, essa também é a posição de Fredie Didier Junior.

⁷⁷ Lei. 8.625/93. Lei que institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências.

apenas cuidar para que não caia como representante judicial ou consultor jurídico de outras entidades da Administração, portanto, parece que, apesar de uma grande discussão sobre a matéria, é pacífico que o Ministério não exorbita suas funções se ajuíza ações com o intuito de proteger direitos individuais homogêneos e prolongá-la aqui, somente desviaria o texto de sua função de consistência mínima.⁷⁸

Como *custos legis* o MP tem poderes para executar qualquer ato que poderia executar se fosse *custos legis* de um processo cível da vara de família, por exemplo. Pode inclusive impetrar mandado de segurança coletivo, e propor recurso de terceiro.

O problema começa pelo próprio diploma processual, que ora trata o MP como litigante à parte e ora atribui-lhe os mesmos ônus e poderes que as partes. É o caso do art. 81 que prevê o MP igualado às partes, quando exerce o seu direito de ação e caso do art. 27 que diz que as despesas do *Parquet* serão pagas, ao final, pelo vencido. Isto é, o *Parquet* tem as mesmas prerrogativas de qualquer parte, mas não precisa adiantar suas despesas e custas processuais.

Além disso, age diferente de uma parte quando está no processo como *custos legis*. Ele é obrigado a ser chamado para intervir como fiscal como pena de nulidade do processo, daí podemos ver que, não importa o que a legislação diga o MP não é simples parte no processo.

Por suas funções extremamente importantes, o MP desfruta de presunção de legitimidade dos seus atos e conduta, que é um princípio que denota legítimo todos os atos por ele praticados, ou seja, tudo que o MP faz, seja a requerimento, seja de ofício, é válido, porém essa presunção é relativa, ou seja, até que haja prova contrária, até provar que o ato não é legítimo.

Quando o MP age no processo civil, principalmente no processo coletivo, surgem algumas dúvidas quanto a esses preceitos. Deve-se ou não tratar o MP como uma parte qualquer?

Quanto à sucumbência, por exemplo, parte da doutrina afirma que o *Parquet* pode sucumbir e outra parte diz que não.

Em relação à ACP, existem diversos deveres exclusivos do órgão, elencados no art. 5º parágrafos, além dos deveres já elencados na lei orgânica. Isto comprova que o MP não é simples parte. Sendo assim, não pode sucumbir, como se qualquer parte fosse.

Em outro sentido, existe uma corrente que analisa o art. 81 do CPC combinado com o art. 27 da mesma legislação, afirmando que o MP deve ser tratado como parte, sem prestígios.

⁷⁸ O que se deve frisar aqui é o fato de existirem imensas discussões doutrinárias sobre o assunto e que o assunto principal do texto seria desviado se fosse prolongado ainda mais, apenas uma conclusão breve é necessária para o entendimento da matéria.

Analisar-se-á, como deve sucumbir o MP ao ser parte vencida numa ACP, inclusive, quando há a condenação por litigância de má-fé.

A corrente que afirma que o *Parquet* pode sucumbir é a favor de que ele pague despesas, custas e honorários advocatícios, apesar da gratuidade de justiça que lhe é conferida. Os custos da sucumbência seriam pagos pela Fazenda Pública.⁷⁹

Afirma que não há norma expressa no ordenamento jurídico brasileiro, que impeça o MP de pagar sucumbência.

O professor Édis Milaré, afirma que qualquer condenação pode caber ao *Parquet*, pois a presunção de legitimidade dos atos praticados é relativa, ou seja, comprovada a intenção do agente oficial de prejudicar terceiro, essa presunção pode cair por terra.

Já quanto à litigância de má-fé, corroboram jurisprudências diversas que afirmam que o órgão pode ser condenado, inclusive com o seu representante sofrendo sanção. (Rodolfo pg das tabelas).

É posição do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por exemplo, que afirma que, por agir com presunção de boa-fé, se manifestadamente e provada a quebra dessa presunção, deve haver sucumbência e condenação por litigância de má-fé. Se for proposta a ACP em desalinho com o interesse público, o MP foge à sua função, portanto, se vencido e condenado como *improbis litigator*, deve suportar a sucumbência. (art. 27 CPC, combinado com art. 20 LACP) Deve-se seguir a legislação geral (CPC) em detrimento da especial (LACP), pois é inaplicável e, além disso, não menciona o órgão ministerial. Aplica-se a regra subsidiária e o MP responde por todos os valores, imputando o valor da condenação em sua verba orçamentária. Como o MP não tem personalidade jurídica, sucumbência do MP é, por consequência, sucumbência do Estado e a Fazenda deve arcar com esse valor.

Essa corrente, também é adotada por Rodolfo de Camargo Mancuso-12- além disso, o artigo da lei especial não menciona o MP, portanto, não pode ser usado para este legitimado. O próprio artigo menciona as associações civis, portanto, se quisesse a regra especial incluir o MP, como incluiu as associações, teria dito expressamente. Tão ruins que são os artigos 17 e 18 da LACP, criam divergência até nisso.

Já outra corrente, defendida pelo STJ, é contra a sucumbência, vide os objetivos e funções do órgão ministerial, cuja participação é reputada de excepcional significância. Tanto que, se não aparecer como autor, deve aparecer como *custos legis*. Então, não é compatível condená-lo por litigância de má-fé. A ACP não foi proposta, por isso, a propósito inadvertido

⁷⁹ Mesmo que, quando vencedora, o STJ entenda que não pode receber honorários, já que estes pertencem ao advogado.

ou clavado pelo sentimento pessoal de causar dano à parte ré ou que a ação resulta de manifestação sombreada por censurável iniciativa. Ou seja, nunca poderia ser provado dolo do MP em tomar atitude/ iniciativa censurável, pois atua em nome da coletividade, com presunção de boa-fé.⁸⁰

Para o MP, mesmo que improcedente o pedido, não cabe arcar com qualquer custo. Há uma diferente interpretação do art. 27, que não poderia ser interpretado sem levar em conta a função ministerial, que é intimamente ligada à defesa do interesse público, que é interesse disponível. O representante do MP que, realmente entrou com a ação, em nome do órgão, é agente político com função de proteção dos interesses difusos. O MP se beneficia da presunção de legitimidade em suas iniciativas judiciais em ação e intervenção por isso, então não é razoável supor que o *Parquet* proceda como *improbis litigator*. No entanto, o MP, através de seu representante, pode cometer exageros e o juiz, seguindo a lei orgânica do MP e officia à corregedoria do órgão.

Essa também é a posição do Tribunal de Justiça de São Paulo, que afirma que o Promotor age interpretando o que é o interesse da sociedade, portanto, na ausência da lei, não sucumbe.

Essa corrente ainda conta com o art. 20 da LACP, que exclui o uso do CPC para as regras de sucumbência, pois rege ela mesma a sucumbência e sanção processual, não foi silente.

⁸⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007 p. 377 - 378.

10 CONCLUSÃO

É flagrante a diferença de tratamento dos legitimados da ACP no que tange à sanção processual.

Os artigos 17 e 18 da LACP, bem como o art. 117 do CDC, prevêem regras abusivas, que se distanciam do regime geral da matéria e demasiadamente fortes para a solução do problema.

A solução para que a ACP continue cumprindo com sua finalidade, é uma punição tão forte, de modo que iniba as partes a descumprir com seus deveres processuais, porém não tão forte que iniba o direito de livre acesso à justiça.

Se uma legislação mais específica for reger essa matéria, que a faça de modo razoável e proporcional, a cumprimento do que a Carta Cidadã de 1988 institui.

Não se deve ter medo de que a ACP seja proposta de forma leviana, sem levar em consideração sua enorme importância, pois vem sendo usada desde 1985, de forma correta e efetiva e cada vez mais melhora sua abrangência e atuação. Além disso, deve-se confiar na seriedade dos legitimados ativos que têm o dever de representar a população e fazem parte do Poder Público, da Administração.

Foi discutido o processo coletivo, em específico a Ação Civil Pública e, foi esgotada a matéria de sanção processual nesse tipo de ação. Verificado que essas regras, não são eficazes, por não serem constitucionais e desobedecerem ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade, que são princípios usados na interpretação de regras infraconstitucionais, perante a constituição. Resta usar, então, a regra mais genérica, de uma lei que veio para “tapar os buracos” da regulamentação do processo coletivo, porém ainda deixa diversas lacunas, e é silente no que tange, por exemplo, à sucumbência, autorizando, portanto o uso da regra geral de processo, o CPC.

Vale observar que, os defeitos que apontam os doutrinadores dizem respeito à grande subjetividade dessas regras, o que não foi solucionado até hoje, vide a grande quantidade de correntes criadas por diversas divergências doutrinárias. Nenhuma dessas regras, aí nem mesmo o CPC pode ser incluído, definem meio mais objetivo de se observar a litigância de má-fé, ou seja, se há uma relativa desvalorização do instituto, a solução não é aumentar a sanção, e sim observar a sanção já existente, adequá-la ao processo civil, instigando o acesso à justiça e a proteção dos direitos coletivos.

É primordial que haja uma regra definitiva e sem brechas, para que se obtenha mais segurança jurídica, ao invés de diversas decisões diferentes sobre mesma matéria.

Quanto mais essa regra persistir, mais pessoas serão prejudicadas, pois não há o benefício de uma ACP que permita o ideal acesso à justiça e a tutela de direitos coletivos, porque são eles os direitos de 3ª geração, que garantirão uma melhor qualidade de vida às próximas gerações.

Comprovada que a regra não é boa. Mesmo sendo usada para um caso, cria confusão até mesmo como meio de comparação doutrinária, vide o que foi visto no que tange ao MP, por exemplo.

Para isso, a aprovação do projeto de Código de Processo Coletivo em tramitação no Congresso, deve ser apressada.

O código de Processo Coletivo Brasileiro foi elaborado, pois fica evidente a necessidade de uma legislação que regule melhor toda a parte de tutela coletiva, promovendo uma reforma para esclarecer as divisões doutrinárias e uma inovação nos dispositivos ultrapassados, fechando as margens para diversas interpretações.

O novo código deve ser exaustivo, pois o CDC não traz todas as disposições pertinentes ao processo coletivo e devemos integrar o que existe nos dispositivos aos diversos diplomas esparsos, o que causa a divergência doutrinária que hoje, no que tange ao assunto, está presente em quase todo o assunto da matéria.

O novo código deve vir para, de uma vez por todas acabar com o conflito de leis no tempo e no espaço, um código que reúna todos os dispositivos sobre a matéria, para sanar o conflito.

Essa reunião, também é tendência internacional.

Existem quatro projetos prontos, todos com redação técnica inquestionável e comprometidos com a melhoria da efetivação da tutela dos direitos coletivos, realizando efetivamente os direitos fundamentais e atendendo aos anseios de uma coletividade de massa no quadro de um processo civil de interesse público.⁸¹

Todas as idéias apresentadas nos projetos estão consolidadas hoje, diferentemente da época em que as principais legislações sobre o assunto foram elaboradas, perto do fim da ditadura, quando o Brasil ainda não conhecia sua democracia, não conhecia o Estado que estava por ser formado.

⁸¹ DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo Coletivo. 3. ed. Salvador: Juspodvim, 2008. v.4. p. 63.

São projetos de códigos menos extensos, mais influenciados pelos modelos internacionais, além disso, todos seguem o CDC em tudo o que já dá certo, como por exemplo, a caracterização do objeto da tutela coletiva, deixando esses conceitos que já são completos na esfera factual, continuarem se desenvolvendo.

Dentre os quatro projetos, o que obteve mais destaque foi o da professora Ada Pellegrini, que está sob a análise do Ministério da Justiça e parado desde 2007.

Este anteprojeto, já modificado de seu próprio original pelo próprio Ministério da Justiça, é bem mais eficiente na redação da sucumbência e sanções processuais, do que a legislação que temos hoje. Institui expressamente a sucumbência para o Poder Público, acaba com a falta de isonomia entre os autores, ao instituir que o litigante de má-fé pagará as despesas, sem especificar qual, e acaba com a obrigação da condenação ao décuplo das custas, para incluir a expressão “até”, ficando assim “até o décuplo das custas”, acabando com o valor exorbitante, pois se o valor da causa for realmente milionário, pode o juiz instituir uma condenação que de fato iniba o litigante a praticar atos temerários, mas que não iniba o acesso à justiça dele, por medo da sucumbência.

O anteprojeto esclareceria e acabaria com muitas das divergências doutrinárias e jurisprudenciais que hoje encontramos no ordenamento jurídico e nos estudos.

Portanto, é urgente que tal projeto seja analisado o mais rápido possível, pois não é possível que matéria tão importante, continue tão frágil, prejudicando a segurança jurídica e, através dela, toda a coletividade.

REFERÊNCIAS:

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes. *Curso de Direito Processual Civil*. Processo Coletivo. 3. ed. Salvador: Juspodvim, 2008. v.4.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Ação Civil Pública: comentários à Lei 7.347*. 1. ed. Campinas: Julex Livros, 1987.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 1999.

LOPES, Edgard de Oliveira, *Os direitos fundamentais sob ótica das influências ético filosóficas, consoantes magistério de Hans Kelsen, Miguel Reale e Willis Santiago Guerra Filho*, mar. 2002. Site Jus Navigandi. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2872>. Acesso em 20 set. 2008.

MACHADO, Costa. *Código de Processo Civil interpretado, artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 7. ed. Barueri: Manole, 2008.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. 6. ed. São Paulo: RT, 1999.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar)*. 10. ed. São Paulo: RT, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo : meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 8. ed. Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1995.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Sem título*. Disponível no site da Procuradoria Geral da 5ª Região. Endereço do site: <http://www.prr5.mpf.gov.br/nid/0nid0482.htm/>.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Thays Cristina Ferreira. *A ação coletiva e a tutela aos interesses difusos e coletivos*. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11023>

MILARÈ, Édis. *Direito do Ambiente*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003.