

AÇÃO CIVIL PÚBLICA OU AÇÃO COLETIVA?

JOSÉ MARCELO MENEZES VIGLIAR

*Promotor de Justiça em São Paulo e
Professor do CPC – Curso Preparatório para Concurso*

Nunca é demais lembrar que constitui atitude *pouco técnica* adjetivar as ações.

Numa classificação verdadeiramente científica, as ações são de conhecimento ou executivas, subclassificando-se as primeiras em meramente declaratórias, constitutivas e condenatórias; e há também as ações cautelares, que se opõem às principais, na mesma medida em que o provimento cautelar é acessório, ligado ao principal por um nexo de instrumentalidade hipotética. Essa classificação apóia-se exclusivamente na natureza do provimento jurisdicional postulado (sentença meramente declaratória, constitutiva ou condenatória, provimento satisfativo do direito, no processo de execução; medidas cautelares). (grifei)

Nesta perspectiva, absolutamente *correta e científica*, exposta por Cândido Rangel Dinamarco,¹ constituiria (e de fato constitui) um verdadeiro *retrocesso* buscar a associação do instituto da ação com o direito material de que proviria (numa visão *privatista* do

¹. Cf. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p.117.

fenômeno processual, que não submete o art. 75 do Código Civil a uma *nova* leitura), mediante a adjetivação daquela.

Para os interesses supra-individuais, o mesmo acontece. Uma vez que determinado interesse metaindividual, seja ele *essencialmente coletivo*, seja ele *acidentalmente coletivo*, reste violado, haverá a necessidade de se buscar a sua tutela através da atividade jurisdicional do Estado. O exercício do direito/poder da ação será exercido para que se rompa uma das características essenciais da jurisdição (a inércia) e o Estado (de forma imparcial e garantindo o contraditório, para legitimar justamente essa manifestação do seu Poder) possa prolatar um provimento jurisdicional que revele qual a vontade do direito. A autotutela é vedada, podendo caracterizar a conduta típica e ilícita descrita no art. 345 do Código Penal, a busca da realização de um interesse *pelas próprias mãos*.²

Nesse sentido, os dois grandes problemas da tutela jurisdicional coletiva, conforme também muito bem ressaltado por Cândido Rangel Dinamarco,³ repousam nos *extremos* dessa atividade jurisdicional do Estado, que se dá, *invariavelmente*, através do processo: a *legitimação para agir* (no início) e a *coisa julgada* (ao final).

Os principais problemas, então, estão em saber: *quem poderá postular em juízo a tutela jurisdicional coletiva* (quem estará legitimado e que modalidade de legitimação é essa) e *quem se sujeitará àquela principal qualidade da sentença* (a imutabilidade), ou seja, *quem estará abrangido pelos limites subjetivos impostos pela coisa julgada*.

². Em sede dos interesses supra-individuais, a conduta que tipifica o delito denominado *exercício arbitrário das próprias razões* será realizada de forma mais evidente se houver a autotutela. Com efeito, ressalva o art. 345 do Código Penal que mesmo *legítima* a pretensão, se satisfeita pelas *próprias mãos*, o delito será realizado. Evidente que a pretensão a que se refere o artigo é individual (até porque há a necessidade de se identificar exatamente a conduta e o seu agente, para que se possa afirmar que um determinado delito ocorreu). Se coletiva a pretensão (na forma que veremos adiante), jamais será legítima do ponto de vista de um dos interessados. Um único interessado não estará agindo *legitimamente* para tutelar uma pretensão que não é somente sua (indivisibilidade do interesse).

³. Cf. *A reforma do Código de Processo Civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p.26.

Todo o resto (todo mesmo) ganha reduzida importância científica no estudo dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Romper a *mentalidade individualista* que marca o nosso sistema processual (revelada principalmente pelos arts. 3º, 6º e 472 do CPC - justamente nos *extremos* da disciplina legal do processo civil) foi a tarefa que o legislador necessitou enfrentar, conforme já expus em outra oportunidade.⁴

Vencidas essas premissas, todos já poderiam concluir, sem nenhum esforço, que a terminologia *ação civil pública* é muito imprópria e somente se explica, entre nós, por um fator histórico (e somente por esse fator histórico): a Lei Complementar nº 40/81.

De fato, a expressão *ação civil pública* não revela, por si só, coisa nenhuma.

Primeiro: a expressão que serve para adjetivar o instituto da ação (ou seja: *civil pública*) empregada pela primeira vez em nosso ordenamento jurídico positivado na referida Lei Complementar nº 40/81 (a primeira *Lei Orgânica Nacional do Ministério Público*), *não revela o direito material que se pretende tutelar via utilização da ação!* Com efeito, o que se pretende tutelar através da denominada *ação civil pública* é o meio ambiente, o consumidor, o patrimônio cultural e outros interesses transindividuais. A expressão que se empregaria (o que, de qualquer forma, também seria incorreto e nada científico) para a revelação do direito/interesse que se estaria a tutelar, deveria ser, assim, aquela que indicasse o *tipo* de interesse que se pretendia tutelar: teríamos *ações ambientais*, *ações consumeristas* etc. De qualquer forma, para a manutenção da tradição imanentista (já superada há muitas e muitas décadas), a adjetivação optada e consagrada (*civil pública*) nada revelaria, sequer atendendo aos propósitos imanentistas.⁵

⁴. Cf. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Atlas, 1997, especialmente no Capítulo 1. Nesse livro, outras questões, como a da *essencialidade* do interesse como coletivo ou não, também são enfrentadas.

⁵. Para uma visão completa sobre a teoria imanentista da ação, dentre outros temas importantes, consulte-se Cândido Rangel Dinamarco, *Fundamentos do processo civil moderno*, ob. cit. pp. 38-83.

Segundo: quem empregou a expressão *ação civil pública* em primeiro lugar foi o processualista italiano Piero Calamandrei (*Istituzioni di diritto processuale civile*, volume I, p. 275 e ss.). Este processualista concebe esta expressão, *única e exclusivamente*, para viabilizar o confronto dela com a expressão *ação penal pública e com o único objetivo* de afirmar: a ação penal ajuizada pelo Ministério Público é a *ação penal pública*; quando, contudo, o Ministério Público romper a inércia jurisdicional para postular um provimento diverso daquele que se destine a concluir pela realização de um delito e a correspondente identificação de sua autoria (fora do âmbito penal/criminal, portanto), estará ajuizando uma *ação civil pública*.

Hugo Nigro Mazzilli,⁶ assim, está absolutamente correto ao afirmar que o *critério* utilizado para a adjetivação da ação civil foi o *subjetivo*, ou seja, dependendo de *quem ajuiza* a “ação não-penal” (chamemos assim): se for o Ministério Público, será *ação civil pública*.

Para a referida lei complementar, então, que adotou esse critério de Calamandrei, não há qualquer questionamento a fazer a partir do momento que se afirme que o Ministério Público é o autor da demanda “civil”, ou seja, basta a análise de quem tenha tido a iniciativa da demanda: se o Ministério Público ajuizasse uma demanda para reparar um dano oriundo de um delito (Código de Processo Penal, art. 68 - as chamadas ações *ex delicto*), ou se ajuizasse uma demanda postulando a prolação de um provimento jurisdicional que desconstituisse um casamento (como naquela hipótese prevista no art. 208, parágrafo único, II, do Código Civil) etc., pouco importa, todas seriam espécies do gênero *ação civil pública* !

A Lei Complementar nº 40/81, como se constata, não conheceu, quando da sua promulgação, a tutela jurisdicional dos interesses supra-individuais, porque a *Lei da Ação Civil Pública* foi promulgada em 1985 (Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985).

⁶. Cf. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 25 e ss.

É verdade que mesmo antes da Lei 7.347/85 já se viabilizava a tutela dos interesses supra-individuais (de apenas alguns deles, é verdade, mas já se viabilizava), como acontecia com a *Lei da Ação Popular*. Ocorre que, para esta lei, o Ministério Público não tinha e não tem legitimação (em que pese o conhecido e respeitável posicionamento da Professora Ada Pellegrini Grinover).⁷ E com a Lei 6.938/81, onde se legitimava o Ministério Público para a defesa do meio ambiente (aqui, qualquer demanda ajuizada seria uma *ação civil pública*).

Aqui, uma pergunta *precisa* ser respondida: por que o nome que se deu para as demandas previstas na Lei 7.347/85 foi o nome *ação civil pública* (embora pouco científico e nada revelador do ponto de vista do direito material)? Por que se adjetivou a demanda coletiva de *ação civil pública*? Imperioso que se faça um novo retorno ao passado e se pesquisem os reais motivos.

Sua Excelência, o então Procurador Geral de Justiça, Dr. Paulo Salvador Frontini, em 13 de junho de 1984, remetia, por ofício, ao então Presidente da Confederação Nacional do Ministério Público (CONAMP) um texto, versado em forma de anteprojeto de lei, *precedido de uma justificativa*, para que fosse encaminhado ao executivo da União, disciplinando a chamada *ação civil pública*. Nessa justificativa dois detalhes essenciais são detectados: 1º) que o anteprojeto faz referência ao art. 3º, inciso III, da Lei Complementar nº 40/81, que dizia que constituía função institucional do Ministério Público o ajuizamento da *ação civil pública* (*aqui, contudo, basta que se leia a mencionada Lei Complementar nº 40/81, bem assim aqueles doutrinadores que se preocuparam com a sua análise, como foi o caso de Hugo Nigro Mazzilli, em mais de uma oportunidade - lembrando das ressalvas feitas nas chamadas de atenção acima*); 2º) que reconhece que este anteprojeto tinha como base aquele outro produzido pelos

⁷. Vide a explanação que fiz a respeito no referido livro, analisando esse importantíssimo posicionamento da Professora Ada Pellegrini Grinover, ou então, consulte-se diretamente o seu artigo doutrinário denominado *Uma nova modalidade de legitimação à ação popular. Possibilidade de conexão, continência e litispendência* (in "Ação Civil Pública - Lei 7.347/85 - Reminiscências e reflexões após dez anos de aplicação" - São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. pp. 23 - 27.

juristas Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe e Waldemar Mariz de Oliveira Junior (remetido à Câmara dos Deputados, onde recebeu o nº 3.034/84).

Pois bem, nesse anteprojeto, versado pelos juristas, não há a denominação, a adjetivação *civil pública* seguindo a expressão *ação*. Nem seria o caso, porque esses mesmos juristas sempre condenaram a teoria imanentista da ação e, principalmente, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe, foram alguns dos processualistas que trouxeram com suas investigações a modernidade do processo civil mundial para o Brasil, não achando correta a adjetivação do instituto da ação.

Negar que o *processo civil* sirva de base para a tutela dos interesses supra-individuais (*ainda que inadequado na maioria de seus institutos*) é negar dispositivos expressos das Leis nº 7.347/85 e nº 8.078/90 e demonstrar desconhecimento de fundo, no que tange ao modo de se postular em juízo a defesa dos interesses metaindividuais.

Assim, repito: para aqueles que conceberam a lei (tanto a denominada *Lei da Ação Civil Pública*, como o *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* - neste último somente Ada e Kazuo, acompanhados de outros juristas) que tutela os interesses supra-individuais em juízo, rompendo com os dois óbices de acesso à justiça dessa modalidade de interesses impostos pelo processo civil tradicional (ou seja, a *legitimação* e a *coisa julgada*) a expressão *ação civil pública* nada representa.

De fato, nada representa. De fato, nada quer significar, constituindo um exercício importante, embora primário, a abstração dos dados históricos mencionados acima e logo abaixo. Uma vez abstraídos, sem razão nenhuma a adjetivação.

Foi o anteprojeto do Ministério Público que mereceu a apreciação e aprovação pelo Congresso e, depois, foi sancionado com os vetos conhecidos.

Daí, então o nome dado para a ação: *ação civil pública*. Esse o nome consagrado. Assim a demanda coletiva é conhecida na linguagem forense.

Constatação óbvia: esse o nome que vingou. A *praxe forense consagrou* essa expressão. Mesmo os demais legitimados que ajuizam as demandas coletivas a batizam de *ação civil pública*. Ora, *ação civil pública* não era exclusividade do Ministério Público? Não era função institucional sua na forma da Lei Complementar n° 40/81, art. 3°, inciso III? Isso reforça o que se disse acima.

Outra constatação óbvia: (decorrente da anterior) a adjetivação *civil pública*, hoje em dia, nada, absolutamente nada mais representa: não indica o direito material que se tutela e não indica quem ajuiza a ação. Eis um testemunho da impropriedade (que aqui, além de impróprio é inútil) de se adjetivar, como faziam os *immanentistas*, o instituto da ação.

O que se tutela através da *ação civil pública*? Essa é a questão essencial, essa a *questão de fundo*.

A resposta parece-me óbvia e justificadora do rompimento com o processo civil tradicional: interesses supra-individuais, marcados pela indivisibilidade, ou ainda aqueles marcados pela divisibilidade (como é o caso dos individuais homogêneos), mas que nem por esse fato deixam de ser individuais, nem por esse fato, porque oriundos de uma origem comum, não mereçam um tratamento similar aos *essencialmente coletivos* (ou seja, os difusos e os coletivos em sentido estrito).

Não há como não se recorrer, nesse momento, à melhor doutrina para se encontrar uma nota essencial existente nesses interesses que vão além de uma pessoa, muitas vezes até coincidindo com os interesses públicos primários (não do ponto de vista do interesse das pessoas jurídicas de direito público - interesse público secundário) e que não podem merecer a sua tutela por um desses interessados, justamente pela problemática da legitimação.

Contudo, uma vez defendido em juízo (na forma prevista na legislação pertinente), atingirá outras tantas pessoas que guardem em relação a ele a mesma *qualidade* de interesse.⁸

⁸. Importante o conhecimento, ainda que superficial, das modalidades dos interesses, da forma que busquei sistematizar no mencionado livro.

Todos os bons autores citam a doutrina de José Carlos Barbosa Moreira.

Este processualista civil buscou identificar o que teria de *essencial* para se caracterizar um interesse como sendo *metaindividual*.

Menciono, apenas para constar, que Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Cândido Rangel Dinamarco, Rodolfo de Camargo Mancuso, Paulo de Tarso Brandão, Hugo Nigro Mazzilli, Antonio Gidi e muitos outros, em todos os seus escritos (que são muitos, compilados em livros ou em artigos publicados em revistas especializadas), sempre se socorrem dos ensinamentos de Barbosa Moreira.

Uma passagem, porque célebre, merece ser lembrada. Refiro-me a um artigo⁹ onde José Carlos Barbosa Moreira faz referências a determinados conflitos de interesses que originam o que ele denomina de “*litígios essencialmente coletivos*”.

Permito-me reproduzir a lição:

O seu objeto é por natureza indivisível, como acontece, por exemplo, em matéria de proteção ao meio ambiente, em matéria de defesa da flora e da fauna, em matéria de tutela dos interesses na preservação do patrimônio histórico, artístico, cultural, espiritual da sociedade; e, como acontece também, numerosas vezes, no terreno da proteção do consumidor, por exemplo, quando se trata de proibir a venda, a exploração de um produto considerado perigoso ou nocivo à saúde”.

Nesse sentido, ensina o autor que os *interesses indivisíveis* originam conflitos *essencialmente coletivos*. A indivisibilidade é a marca essencial para a caracterização desses conflitos (aqui, então, os interesses difusos e os coletivos em sentido estrito, que são essencialmente indivisíveis).

⁹. Cf. *Ações coletivas na Constituição Federal de 1988*, in *Revista de Processo (RT)* n° 61, p. 188 e ss.

Ao lado desses conflitos que originam *litígios essencialmente coletivos* há aqueles que originam conflitos ou *litígios acidentalmente coletivos*.

Exemplifica o Professor Barbosa Moreira, com uma fraude financeira que cause prejuízos a um número de pessoas, que teriam sido iludidas pelo ardid. Aqui, assim se manifesta o autor:

A solução é perfeitamente cindível, nada tem de unitária, ao contrário do que se dá na outra espécie, em que não se conceberia que alguém pudesse ter interesse, por exemplo, numa fração da paisagem. Isso não faria absolutamente sentido; o interesse de cada um refere-se ao todo.

Os *interesses divisíveis* (ou *cindíveis*) originam *conflitos acidentalmente coletivos*: nada impede que cada qual busque exatamente a sua fração de prejuízo, considerada a origem comum.

Nada impede que cada um ajuíze a sua própria demanda individual.

Mas, buscando o exemplo das *class action*, do direito norte-americano (que aliás é invocada pelo próprio Procurador Geral de Justiça, quando da justificativa de encaminhamento do anteprojeto de lei do Ministério Público, que se converteu na Lei nº 7.347/85, conforme visto acima) e considerando a necessidade de se *molecularizar* os conflitos de interesses, ao contrário do que o processo civil tradicional o faz (*atomiza*, individualiza os conflitos, quer pelo sistema da legitimação, quer pelos limites da coisa julgada), há a possibilidade de tratá-los como se coletivos fossem.

Melhor explicitando: os interesses, na essência, são divisíveis e decorrem de uma mesma origem (como o prejuízo financeiro oriundo de um *golpe*, conforme lembrou Barbosa Moreira); cada uma pode buscar, via-tutela jurisdicional do Estado, a *reparação* de seus prejuízos (tantas demandas quantos forem os prejudicados); contudo, uma única demanda, que trate esses interesses como se coletivos fossem (leia-se: como se indivisíveis fossem) se viabiliza.

É justamente o que ocorre com os interesses individuais homogêneos.

Se nós nos detivermos à disciplina da coisa julgada; se nos detivermos aos diversos dispositivos criados pelo *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, a partir do art. 91, veremos que toda a nova disciplina introduzida pela Lei nº 8.078/90 visa exatamente a viabilizar esta possibilidade detectada por Barbosa Moreira: os interesses, na essência, são individuais (divisíveis, cindíveis), não obstante, podem ser tutelados mediante a *ação civil pública* que, quando ajuizada, busca justamente defender os interesses supra-individuais.

Primeira conclusão geral e evidente: a terminologia *ação civil pública* para nada mais serve e só se justifica a partir das premissas históricas lembradas; mais: foi o termo que a praxe forense cristalizou. O que realmente importa à conclusão de que se trata de um interesse supra-individual incindível é a *indivisibilidade*. Mas, mesmo os divisíveis (os interesses supra-individuais que a *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* batizou de *interesses individuais homogêneos*) podem, se originados de uma fonte comum, merecerem um tratamento idêntico: ao invés de várias demandas (*atomização dos conflitos*, como falou o Professor Kazuo Watanabe), opta-se por uma única demanda, não se fechando a via da formação de litisconsórcio e concebendo uma eficácia da coisa julgada *in utilibus*: é a *molecularização dos conflitos* (Kazuo Watanabe, mais uma vez).

Será que a expressão *ação coletiva* não seria a mais adequada ?

É verdade que o vício *immanentista* ainda sobreviveria. Mas, sobreviveria com alguma vantagem (já que, repito o quanto for necessário, *ação civil pública* nada quer dizer, atualmente).

Se é verdade que “ação não tem nome” (ao menos, cientificamente, não deveria ter nome), mas ainda temos a necessidade de batizarmos ou adjetivarmos determinados institutos, que utilizemos um adjetivo mais adequado: *ação coletiva*.

Fica evidente (cristalino mesmo) que a *ação coletiva* tutela um *interesse que é coletivo*, seja ele *acidentalmente coletivo*, seja ele

essencialmente coletivo, na exemplar e inatacável lição de Barbosa Moreira (*supra*).

Se não é adequado o adjetivo, é muito mais adequado que o empregado pela lei 7.347/85, que foi o que vingou na prática diuturna do foro. Pelo menos, a expressão *ação coletiva* é muito mais adequada que outras tantas, que nada expressam.

Não se pode, até porque é de todo aconselhável que a sociedade assuma o seu papel de defender interesses metaindividuais, não esperando do Ministério Público sempre a iniciativa, que se continue a utilizar a expressão *ação civil pública* como indicativa da ação que o Ministério Público ajuíza, até porque, como vimos, histórica e originariamente, não se destinava à tutela dos interesses supra-individuais.

Mas, não são poucos os bons autores que assim pensam.

Hugo Nigro Mazzilli, um de nossos pioneiros, não se afasta dos enunciados e premissas acima.¹⁰ Repito: ele não é o único.

Antonio Gidi, autor de recente obra (e de obrigatória leitura), curiosamente intitulada *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*,¹¹ vem com uma concepção diversa daquela de Hugo Nigro Mazzilli, que mais adiante analisarei, contudo, não restringe a *ação coletiva* àquela destinada a tutelar somente os interesses individuais homogêneos.

Rodolfo de Camargo Mancuso¹² e Kazuo Watanabe,¹³ talvez dois dos autores que mais se dedicam ao aperfeiçoamento do estudo dos interesses transindividuais, aquele sendo autor de diversos livros e artigos sobre o assunto e este um dos anteprojetistas do *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, justamente o diploma que criou os interesses individuais homogêneos e disciplinou a sua forma de defesa coletiva,

¹⁰. Idem nota de rodapé n° 6, *supra*.

¹¹. São Paulo: Saraiva, 1995, principalmente pp. 15 e 16.

¹². Cf. *Ação popular*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 25.

¹³. Cf. *Demandas coletivas e os problemas emergentes da práxis forense*. In: *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p.195.

sustentam que *ação coletiva* e *ação civil pública* significam o mesmo fenômeno.

Mancuso diz, textualmente, que se estará diante de uma ação coletiva *quando algum nível do universo coletivo vier a ser atingido no momento em que transitar em julgado a decisão que a acolhe, espraiando assim seus efeitos.*

E é fácil entender o porquê desse posicionamento de Mancuso, já que ele aceita todas as premissas acima desenvolvidas, bem assim as idéias básicas expostas por José Carlos Barbosa Moreira.¹⁴

Kazuo Watanabe vai mais além e diz que para que uma demanda seja coletiva, *além* da natureza do direito ou interesse nela veiculado, há de se questionar sobre a legitimação ativa, a causa de pedir, o tipo e abrangência do provimento jurisdicional postulado. De qualquer forma, lembra que a natureza do interesse ou direito (*essencialmente coletivo*, ou *acidentalmente coletivo*) é um dos elementos a serem pesquisados para que se diga que a ação é coletiva ou não.

Antonio Gidi, diante das expressões que emprega em sua definição¹⁵, acaba por fazer uma afirmação *sui generis*, porque crê que *coletiva* será a ação que defender (*objeto*) um direito/interesse coletivamente considerado. Se levarmos tal conceituação ao *pé-da-letra* então teríamos que somente as demandas que veiculassem interesses essencialmente coletivos (então os difusos e os coletivos em seu sentido estrito) é que seriam *ações coletivas* !

Segunda conclusão geral e também evidente: a expressão *coletiva*, que só não foi aglutinada ao vocábulo *ação* pelos motivos acima lembrados (no duelo dos anteprojetos da *Lei da*

¹⁴. Recentemente (7 de março de 1997), Rodolfo de Camargo Mancuso, em célebre palestra proferida na Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal, intitulada *Interesses difusos e coletivos*, reforçou todos os pontos que ele já destacara em sua produção científica anterior. O teor da referida palestra será publicado na RT, sendo certo que o autor, gentilmente, cedeu um exemplar para a Promotoria de Justiça da Cidadania da Capital. Se houver interesse, basta me solicitar uma cópia.

¹⁵. Ob. cit., p. 16.

Ação Civil Pública vingou o do Ministério Público, que veiculava tal expressão) é muito mais adequada para expressar que tipo de interesse estou defendendo, embora também não seja nada científico, pelo que restou acima analisado.

Assim, não há como sustentar seja a *ação coletiva* um gênero, do qual a *ação civil pública* seja uma espécie. É plenamente possível a utilização de uma expressão pela outra. Ambas não deveriam existir. Mas, a *coletiva* diz muito mais: diz que tipo de interesse se busca tutelar. A *civil pública* além de ser utilizável por outros legitimados que não o Ministério Público (*vide* os róis dos arts. 5º e 82 das Leis nº 7.347/85 e 8.078/90, respectivamente) pode perfeitamente postular a defesa de um interesse individual homogêneo, já que tal ação se presta (porque de idêntica abrangência da *coletiva*) a tutelar interesses coletivos (sejam essencialmente coletivos, sejam não-essencialmente coletivos).

Demais, a Lei 8.078/90 criou uma *reciprocidade* com a Lei 7.347/85 (na qual operou sensíveis alterações). O art. 90 do *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor* prevê que para a tutela dos interesses expressos no seu art. 81 (integrante, assim como o art. 90 e os seguintes até o 104 do Título III da Lei nº 8.078/90), portanto, também os interesses individuais homogêneos (art. 81, inciso III) é aplicável a Lei 7.347/85 (a *Lei da Ação Civil Pública*). Ora, resta evidente a relação de instrumentalidade da Lei 7.347/85 em relação a Lei 8.078/90. Mais: o art. 21 da Lei nº 7.347/85 diz que os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o *Código de Defesa do Consumidor* aplicam-se à defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais (havendo, aqui, a supressão da expressão “homogêneo” - o que não altera o afirmado, porque os individuais homogêneos, na essência, são individuais).

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery¹⁶ vão bem mais longe no que pertine à evidente integração dos sistemas da *Lei da Ação Civil Pública* e do *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, quando analisam o art. 21 da Lei nº 7.347/85:

¹⁶ Cf. *Código de Processo Civil comentado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 1.447.

“Pelo CDC 90, são aplicáveis às ações fundadas no sistema do CDC, as disposições processuais da LACP. Pela norma ora comentada, são aplicáveis às ações ajuizadas com fundamento na LACP, as disposições processuais que encerram todo o Tít. III do CDC, bem como as demais disposições processuais que se encontram pelo corpo do CDC, como por exemplo, a inversão do ônus da prova (CDC 6º VI). Este instituto, embora se encontre topicamente no Tít. I do Código, é disposição processual e, portanto, integra ontológica e teleologicamente o Tít. III, isto é, a defesa do consumidor em juízo. Há portanto perfeita sintonia e interação entre os dois sistemas processuais, para a defesa dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos” (grifei)

Ainda, devemos considerar que o inciso IX, do art. 129 da Constituição Federal, permite *expressamente* que outras funções sejam atribuídas ao Ministério Público, além daquelas previstas expressamente nos incisos anteriores. Ora, os interesses individuais homogêneos foram criados posteriormente ao advento da Constituição Federal de 1988. Foram criados e disciplinados pela Lei 8.078/90 que não faz qualquer restrição à possibilidade do Ministério Público defender os interesses individuais homogêneos. Antes, na forma do art. 82 da Lei 8.078/90 o legitima a tanto (aqui convém lembrar que nem sempre os Ministério Público poderá defender os interesses individuais homogêneos). Se assim é e, se pretender dizer que as ações ajuizadas pelo Ministério Público são sempre ações civis públicas (naquela superada visão que diz que *ação civil pública é o direito conferido ao Ministério Público de fazer atuar, na esfera civil, a jurisdição*), fica evidente que ambas se destinam a mesma coisa.

Terceira conclusão geral e também evidente: a ação popular, o mandado de segurança coletivo não são espécies de ação coletiva. Essa afirmativa somente se sustenta se dissermos (o que será correto) que a ação popular, por exemplo, seria uma *ação coletiva* porque veicula *interesse coletivo*. Apesar de óbvio e já repetido diversas vezes acima, o que faz de uma demanda coletiva ou não é a modalidade de interesse que ela veicula. Mesmo os interesses individuais homogêneos, que *podem* (já que os difusos e coletivos

em sentido estrito somente serão defendidos coletivamente) merecer uma defesa coletiva, através de uma *ação coletiva*, diante da opção criada pelo legislador, como tais são tratados para que possam merecer uma defesa, mediante *ação civil pública*.

Na ação popular, o autor popular veicula uma pretensão que não é sua. Antes é sempre essencialmente coletiva (basta a interpretação gramatical do inciso LXXIII do art. 5º da Constituição Federal). Quando ele pede a tutela do meio ambiente, por exemplo, o faz da mesma forma que o Ministério Público faz na ação civil pública. Tanto é verdade que, para se evitar a proliferação de julgados diversos, através da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, as ações poderão e deverão ser reunidas.

O nome, então, pouco importa. As ações serão coletivas porque veiculam pretensões coletivas. *Ação civil pública* por nenhuma razão sustentável poderia se classificar como espécie da coletiva, já que ela (que é a mesma coisa que a coletiva) também veicula pretensão coletiva (essencial, ou acidental).

Agora, cabe uma análise sobre o *procedimento* próprio para a defesa dos interesses individuais homogêneos (notem que eu grifei a palavra procedimento, já que não se pode confundir ação com o procedimento que a lei reservou para o exercício da mesma¹⁷).

Os hermeneutas vêm ensinando que um dispositivo legal jamais pode ser interpretado isoladamente. Da mesma forma um capítulo, um título etc. Sempre há de se considerar o contexto, o ambiente em que a lei foi concebido para que se possa compreender a sua razão de ser. Lembremos, como um recente exemplo, citado dentro deste mesmo estudo, o magistério de Nery & Nery logo acima e veremos como os autores (“ontológica e teleologicamente”) incluíram dispositivo estranho ao Título III da Lei nº 8.078/90 na integração que ela faz com a Lei nº 7.347/85.

¹⁷. Se essa ressalva não for feita, terei que aceitar a existência de, por exemplo, *ações ordinárias*. Uma ação nunca é ordinária. Ordinário é o procedimento.

Dessa forma, cabe uma pergunta: será que o que está disposto nos arts. 91, 92, 93, 94, 95, 97 (já que o art. 96 foi objeto de veto), 98, 99 e 100 é uma *modalidade de ação*, ou será que ali está disciplinado um procedimento especial, ou diferenciado (diria especial - especial não em relação a um procedimento ordinário [aquele do CPC] - em relação ao procedimento que se adota para as ações civis públicas [ou coletivas] na forma da Lei nº 7.347/85).

José Roberto dos Santos Bedaque¹⁸ propõe uma releitura do art. 75 do Código Civil. De forma extremamente resumida, o autor lembra que a razão de ser da existência do processo é a tutela do direito material. Para cada direito material, diz o autor, deveria existir uma modalidade de provimento apropriada. Ora, sem desprezar as premissas levantadas e criteriosamente estudadas pelo autor, seria de se perguntar o motivo da existência de procedimentos especiais, ou diferenciados. Ora, se essa pergunta fosse formulada, a resposta seria uma só: concebem-se procedimentos diversos diante das exigências do direito material.

Então, para demonstrar que o que está disciplinado a partir do art. 91 não é uma ação diferenciada e sim um procedimento diferenciado, que se justificará pela existência de outros dispositivos, *vejamos*:

Art. 91 - diz que os legitimados do art. 82 poderão propor em nome próprio uma ação civil coletiva para responsabilizar os causadores dos danos que individualmente eles (os interessados) tenham sofrido. Aqueles legitimados, diz o art. 91, poderão agir em nome das vítimas (os próprios interessados, vitimados por algum prejuízo), ou dos sucessores das mesmas. Mesmo que levarmos em alta conta o título do Capítulo II e a expressão empregada pelo art. 91 (“ação civil coletiva”) o que se tem aí não é uma ação diferenciada.

Conforme vimos acima, principalmente a partir dos ensinamentos de Barbosa Moreira, um interesse coletivo (seja ele

¹⁸ Cf. *Direito e Processo*. São Paulo: Malheiros, 1995.

acidental, seja ele essencial) será defendido através de uma ação coletiva.

O que o Capítulo II e o art. 91 estão a dizer é que também os interesses individuais homogêneos *poderão* ser defendidos através de uma ação coletiva (e não somente os essencialmente coletivos, porque marcados pela indivisibilidade).

Esse art. 91, então, se explica pela própria essência dos interesses individuais homogêneos, que têm natureza jurídica de interesses individuais (mas que podem merecer uma defesa de forma coletiva).

O grande problema é que os interesses individuais homogêneos, na maioria dos casos, são próprios das relações de consumo (os melhores exemplos estão aí). Mas, lembremos com a maioria da doutrina: não somente os oriundos de relação de consumo.

Procurem associar o art. 91 e o art. 103, § 2º e vejam como, sistematicamente, eles se completam, desde é claro que se conheça a sistemática da coisa julgada. Analisem, ainda, esse dispositivo com a teoria que explica a coisa julgada *in utilibus*. Vejam como “as coisas se encaixam”.

Art. 92 - *nada de novo. Aqui, também, uma mera regra de procedimento. Diante da existência dos arts. 90 do CDC e 21 da LACP, conforme visto acima, sequer necessitava existir, já que no procedimento normal, previsto na Lei nº 7.347/85, há previsão expressa de intervenção do Ministério Público, quando este não seja o autor da demanda.*

Art. 93 - *explícita regra de competência - mais uma vez, nada de novidade e nada relacionado a uma modalidade diversa de demanda coletiva.*

Art. 94 - *este o grande exemplo da sistematização da interpretação. Ele somente se justifica diante da disciplina da coisa julgada e da possibilidade da intervenção do interessado em se habilitar como litisconsorte do autor da demanda coletiva.*

Não percamos mais tempo: assim se vai até o final!

Todos os demais artigos apenas revelam uma especial forma de tratar esse tipo de interesse (os individuais homogêneos), contudo, esse tratamento diversificado não se traduz em uma *ação própria*, apenas se justificando diante da natureza do interesse: que é individual, mas que pode ser tratado como se coletivo fosse.

Última conclusão óbvia: nada disso tem a menor importância científica (porque ação não tem nome). Contudo, para que ninguém julgue que as afirmativas feitas em palestras e escritos não se sustentam, ou que partem de meras opiniões pessoais ou de um ou outro autor isolado, ou, pior que isso, não decorram da sistemática própria dos interesses metaindividuais, é que resolvi descer a tantas minúcias.

Tanto *ação civil pública*, como *ação coletiva*, são expressões equivocadas. Esta, embora não seja a consagrada, deveria ser a utilizada (aconselho mesmo que optem por ela), porque revela o tipo de interesse que se está a pleitear a tutela jurisdicional. O nome não terá a força para modificar a essência da coisa. Se o interesse for supra-individual (na sua essência ou não) a demanda será coletiva.