

2.2 TUTELA COLETIVA EM PORTUGAL: UMA BREVE RESENHA*

RODRIGO REIS MAZZEI

Professor da Universidade Federal do Espírito Santo

Professor do Instituto Capixaba de Estudos

Vice-presidente do Instituto de Advogados do Estado do Espírito Santo

Mestrando na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Advogado

SUMÁRIO: 1. Os Direitos Coletivos e a Sociedade Contemporânea. 2. Interesses Individuais e Coletivos. 3. A Ação Popular Portuguesa. 4. O Objeto da Ação Popular Portuguesa. 5. A Legitimidade para Propositura da Ação Popular. 5.1. A Figura do Ministério Público. 5.2. O Regime Especial de Representação. 5.3. O Controle da Legitimidade Popular. 6. A Coisa Julgada na Ação Popular. 6.1. Coisa Julgada e Direito de Auto-Exclusão. 7. Procedimento Cautelar na Ação Popular. 8. Das Ações Previstas na Lei nº 24/96. 8.1 A Ação Inibitória e a Tutela de Interesses dos Consumidores. 8.2. Reparação de Danos. 8.3. A Legitimidade para a Propositura das Ações. 8.3.1. Do Ministério Público e do Instituto do Consumidor. 9. Breve Comparativo entre a Ação Civil Pública (Brasil) e a Ação Popular (Portugal). 9.1. Meios para Defesa de Interesses Coletivos. 9.2. A Ação Popular no Brasil e em Portugal. 9.3. Interesses Coletivos Passíveis de Proteção. 9.4. Critérios Classificadores. 9.5. Legitimidade. 9.6. Coisa Julgada. 9.7. O Papel do Ministério Público. 9.8. Poderes do Juiz. 10. Breve Fechamento. 11. Bibliografia.

1. Os Direitos Coletivos e a Sociedade Contemporânea

A tutela dos interesses coletivos está ligada diretamente a uma idéia de *acesso à justiça* tida não só como mera possibilidade de qualquer cidadão ter suas pretensões de direito analisadas pelo Poder Judiciário (ou por qualquer órgão que exerça tal função), mas como um princípio que prescreva as vias mais *rápidas, eficazes e justas*¹ para prover tutela jurídica em relação aos conflitos surgidos na sociedade. No caso brasileiro, o primeiro ponto – a *rapidez* na prestação da tutela – é prejudicado por uma *litigiosidade galopante*² que vem tomando dimensão cada vez mais acentuada

* O presente estudo foi originalmente publicado em Mazzei e Nolasco (2005).

¹ É sabido que o termo justiça é demasiadamente aberto, mas tomaremos aqui sua acepção sob um corte isonômico, idéia positivada em nosso ordenamento jurídico pelo princípio da igualdade (art. 5º, CF/1988): a via mais justa é aquela que está mais apta a colocar os litigantes sob paridade de armas dentro do processo.

² Mendes (2000, p. 178-195) fez interessante estudo sobre a situação: “A simples enumeração de alguns dados é suficiente para atestar o problema no Brasil. O Supremo Tribunal Federal recebeu, no ano de 1970, 6.367 processos; em 1980, foram 9.555; dez anos depois, 18.564; no ano de 1998 o número atingiu o montante de 52.636 processos recebidos; e até o dia 30.6.1999 já haviam entrado 26.187 feitos. Cabe lembrar que o STF, na essência, é a Corte Constitucional brasileira, composta de apenas 11 Ministros. Órgãos semelhantes, no cenário internacional, apresentam realidade completamente diversa. A Suprema Corte Americana, em 1994, julgou 300 processos. Em Portugal, foram julgados 900. No Superior Tribunal de Justiça brasileiro, nos anos de 1989 e 1990, foram distribuídos, respectivamente, 6.103 e 14.087 processos. Em 1994, o número subiu para 3.670 e, em 1998, alcançou a quantidade de 92.107 feitos. No Tribunal Superior do Trabalho, por sua vez, foram autuados, nos anos de 1990, 1994 e 1998, pela ordem, 20.276, 65.792 e 131.413 processos. Na 1ª instância da Justiça Estadual, Federal e do Trabalho, entraram, nos anos de 1990, 1994 e 1998, ao todo, 5.117.059, 5.147.652 e 10.201.289 processos, respectivamente”.

no passar dos anos.

Outro núcleo que influi diretamente na morosidade da justiça brasileira resume-se na precária infra-estrutura relacionada a recursos humanos e materiais.³ De outra banda, quanto à *eficácia*, que diz respeito à concretização fática dos direitos declarados/constituídos em sentença jurisdicional ou *documento equivalente*, a legislação tem evoluído bastante ao criar e ampliar a utilização de formas mais adequadas à efetivação desses direitos. Em nível doutrinário, a nosso sentir, é de extrema importância a obra de Guerra (2003, p. 103), que versa sobre a *tutela executiva como um direito fundamental constitucionalmente garantido*:

Mais concretamente, se pode afirmar que caracterizar como um direito fundamental a exigência de que haja meios executivos adequados a proporcionar uma integral tutela executiva de qualquer direito consagrado em título executivo significa o seguinte:

- a) o juiz tem o poder-dever de interpretar as normas relativas aos meios executivos de forma a extrair delas um significado que assegure a maior proteção e efetividade ao direito fundamental à tutela executiva;
- b) o juiz tem o poder-dever de deixar de aplicar normas que imponham uma restrição a um meio executivo, sempre que tal restrição – a qual melhor caracteriza-se, insista-se, uma restrição ao direito fundamental à tutela executiva – não for justificável pela proteção devida a outro direito fundamental, que venha a prevalecer, no caso concreto, sobre o direito fundamental à tutela executiva;
- c) o juiz tem o poder-dever de adotar os meios executivos que se revelem necessários à prestação integral de tutela executiva, mesmo que não previstos em lei, e ainda que expressamente vedados em lei, desde que observados os limites impostos por eventuais direitos fundamentais colidentes àquele relativo aos meios executivos.

O grande foco direcionado à necessidade de *ações supra-individuais* é recente⁴ e seu aparecimento tardio pode ser atribuído basicamente a três fatores:

a) o capitalismo primitivo, voltado a uma intensa e desregrada exploração dos bens naturais e dos próprios seres humanos, pouco se preocupava em garantir direitos cole-

³ No tema, com precisão, conferir: Tucci (1997, p. 105-110) e Dallari (1996, p. 156-157).

⁴ Entretanto, o tema relativo à tendência em direção à coletivização das relações jurídicas individuais é antigo, como percebemos através da lição de Duguit (1975, p. 239), originalmente publicada em 1922: “*Si se protege la afectación individual de una riqueza, es solo en consideración al individuo; la utilidad individual es lo único que se tiene en cuenta. Ahora bien, hoy día tenemos la clara conciencia de que el individuo no es un fin, sino un medio; que el individuo no es más que una rueda de la vasta máquina que constituye el cuerpo social; que cada uno de nosotros no tiene razón de ser en el mundo más que por la labor que realiza en la obra social. Así, pues, el sistema individualista está en flagrante contradicción con ese estado de conciencia moderna.*”

tivos, como a proteção ao consumidor, ao meio ambiente saudável etc.;

b) com o decorrer dos anos, as agressões a esses bens coletivos se tornaram mais intensas⁵ e a abertura democrática permitiu que tal situação fosse regulamentada juridicamente; e

c) por fim, o processo de globalização permitiu tanto o crescimento dessas relações de massa como a própria conscientização dos sujeitos [coletividade(s)] prejudicados, ensejando a *jurisdicização* desse fenômeno.

O reconhecimento jurídico dos interesses coletivos de certa forma reestruturou a figura do Estado contemporâneo. Nessa direção caminha a doutrina de Grinover (2000a, p. 18):

O reconhecimento e a necessidade de tutela desses interesses puseram em relevo sua configuração política. Deles emergiram novas formas de gestão da coisa pública, em que se afirmaram os grupos intermediários. Uma gestão participativa, como instrumento de racionalização do poder, que inaugura um novo tipo de descentralização, não mais limitada ao plano estatal (como descentralização político-administrativa), mas entendida ao plano social, com tarefas atribuídas aos corpos intermediários e às formações sociais, dotados de autonomia e de funções específicas. Trata-se de uma nova forma de limitação ao poder do Estado, em que o conceito unitário de soberania, entendida como soberania absoluta do povo, delegada ao Estado, é limitada pela soberania social atribuída aos grupos naturais e históricos que compõem a nação.

Problematizada a situação relativa aos interesses coletivos, que, pela evolução histórica, passou a ser protegida juridicamente por normas de direito material, restava discutir ainda como se efetivariam tais direitos e que vias processuais seriam adequadas a defender esse tipo de interesses. Aqui entramos no terceiro item relacionado ao acesso à justiça: a *justa adequação* das vias prescritas à defesa de direitos em juízo e, especificamente, a adequação dessas vias processuais à defesa de direitos coletivos.

Há hipóteses em que as lesões individualmente consideradas são de pequena monta e a relação custo-benefício desestimula o ajuizamento de ações reparatórias; entretanto, essas lesões, quando observadas sob um amplo espectro, possuem relevante importância sócio-econômica, uma vez que a não-repressão desses atos deixa impunes aqueles

⁵ “Na verdade, a necessidade de processos supra-individuais não é nova, pois há muito tempo ocorrem lesões a direitos, que atingem coletividades, grupos ou certa quantidade de indivíduos, que poderiam fazer valer seus direitos de modo coletivo. A diferença é que, na atualidade, tanto na esfera da vida pública como privada, as relações de massa expandem-se continuamente, bem como o alcance dos problemas correlatos, fruto do crescimento da produção, dos meios de comunicação e do consumo, bem como do número de funcionários públicos e de trabalhadores, de aposentados e pensionistas, da abertura de capital das pessoas jurídicas e conseqüente aumento do número de acionistas e dos danos ambientais causados. Multiplicam-se, portanto, as lesões sofridas pelas pessoas, seja na qualidade de consumidores, contribuintes, aposentados, servidores públicos, trabalhadores, moradores etc., decorrentes de circunstâncias de fato ou relações jurídicas comuns” (MENDES, 2002, p. 29-30).

que se aproveitam de *brechas* no direito processual para abusar da situação de vantagem, ignorando as prescrições contidas nas regras de direito material.

Frise-se ainda que, nessas relações jurídicas, o desequilíbrio entre as partes é outro fator que serve de desestímulo ao ajuizamento de ações, pois geralmente o causador da lesão está muito bem estruturado para o litígio, podendo usufruir de profissionais de qualidade que, definitivamente, tornarão desproporcionais as possibilidades argumentativas e probatórias dos litigantes. A criação de meios apropriados (justos) para a defesa desses direitos vem servir de instrumento para a implementação de um equilíbrio no processo, através do redimensionamento das forças conflitantes, em benefício da parte mais fraca.

Outra problemática a respeito dos interesses coletivos é diretamente relacionada à defesa de direitos indivisíveis em juízo – tanto os pertencentes a grupos específicos e individualizáveis (direitos coletivos *stricto sensu*) ou como os outros, titularizados pela coletividade em geral (direitos *diffusos*).

Toda dificuldade gira em torno da exigência do devido processo legal, pois essa cláusula, presente em quase todos os ordenamentos jurídicos democráticos, reclama, para que se atinja o patrimônio ou a liberdade das pessoas, que elas tenham sido chamadas em juízo para participar do processo, com possibilidade de utilização de todos os meios e recursos inerentes à ampla defesa. Com base nesse princípio, toda vez que algum direito indivisível fosse questionado, seria necessário que todas as pessoas que pudessem ser afetadas diretamente pela sentença pacificadora do conflito fossem trazidas para participar no processo; acontece que isso inviabilizaria a própria proposição da demanda porque, em processos coletivos, a dimensão subjetiva da lide é geralmente muito grande.⁶

No desenvolvimento das citadas questões, a doutrina italiana teve um papel muito importante, apesar de sua parca experiência jurisprudencial e legislativa.⁷ Nesse contexto, foram de fundamental importância as posições de Cappelletti (1988; 2001), que demonstraram a inadequação da tradicional dicotomia entre o público e o privado para a solução dos problemas da sociedade contemporânea, marcada por conflitos entre interesses de massa. Anotando a existência dos chamados interesses difusos ou coletivos, que não pertencem às pessoas individualmente consideradas, mas à coletividade em si, o autor defende a necessidade de uma adequação dos institutos processuais à

⁶ Segundo Morello (1999, p. 43): “¿Servirá a los fines de la tutela apelar al litisconsorcio o la acumulación de procesos? La experiencia indica que no son ellos funcionales para abastecer esas realidades frecuentes en las ciudades urbanas y dinámicas de fines del milenio. Insistir en esas sendas provocaría otra manifestación defasada de ‘más de lo mismo’, que forzarían, a escala desproporcionada, figuras pensadas para ser utilizadas dentro de otras proporciones y que, si se las lleva a un registro subjetivamente distinto, se las saca de madre, con resultados adversos a su razonable y circunscripto ámbito de juego normal.”

⁷ Na Itália, a tutela relativa aos direitos coletivos *lato sensu* passou a ser destaque nos anos 70, movimento impulsionado através da polêmica decisão prolatada pelo Conselho de Estado em 1973, que reconheceu a legitimidade da associação ambientalista *Italia Nostra* para impugnar ato da província de Trento que autorizava a construção de uma rodovia na zona circundante do Lago de Tovel. Um acórdão nesse sentido estimulou os processualistas italianos a se dedicarem mais sobre o tema, fato que culminou com os congressos de Pavia, em 1974, e de Salerno, ocorrido em 1975.

tutela desses direitos, indicando quatro dificuldades principais relativas à garantia do acesso à justiça, no tocante aos interesses coletivos, quais sejam:

a) *Legitimação*: Dada a impossibilidade ou inconveniência de um litisconsórcio formado por todas as pessoas interessadas na causa, o autor indica a necessidade de eleição de uma ou poucas pessoas como legitimadas ativamente para a defesa daqueles interesses coletivos. Destaca ainda que, como o processo coletivo não versa apenas sobre o direito do autor, dever-se-ia exigir que o *ideological plaintiff* (autor ideológico) estivesse qualificado para o posto, de modo que pudesse exercer uma defesa adequada. Cappelletti indica que a melhor forma de selecionar o defensor ideal para a categoria foge dos esquemas tradicionais de legitimação, afirmando que a adoção de um critério *ope judicis*, é a melhor opção (*o magistrado deve ter uma ampla margem de discricionariedade para identificar o representante mais adequado a cada caso concreto*).

b) *Garantias processuais dos membros ausentes*: Como os membros da coletividade afetada pela decisão jurisdicional não têm a chance de se defender em juízo, resta superar qualquer resquício de *garantismo individualista*, escorando-se no instituto suficiente e necessário da *representatividade adequada*.

c) *Limites da coisa julgada*: O autor critica a idéia dos efeitos da coisa julgada *secundum eventum litis* – adotada atualmente em muitos ordenamentos – pela qual só tem o selo da definitividade a decisão favorável à coletividade, argumentando que como ambas as partes estão *devidamente representadas*, não há motivo para qualquer distinção entre os resultados do processo.⁸

d) *Provimientos adequados*: o jurista afirma que as sanções essencialmente repressivas e monetárias são insuficientes para a satisfação dos direitos e interesses coletivos protegidos e, portanto, se fazem necessárias formas mais variadas e fortes de provimentos, com caráter preventivo e até criminal, para casos de inobservância. (CAPPELLETTI, 2001, p. 325).

Não sendo os aspectos globais da tutela coletiva o núcleo de nosso estudo, o panorama apresentado já permite boa superfície para o desenvolvimento do objeto mor do presente texto, valendo, contudo, fazer pequeno destaque quanto à *celeridade na emissão*

⁸ Quanto às garantias processuais dos membros ausentes, colhemos a lição do argentino Morello (1999, p. 40): “*El garantismo técnico y nada más que eso es un hacer de los operadores que olvida, cuando se desentiende de su verdadera finalidad, que el proceso es un medio civilizado y racional de alcanzar la solución justa al fondo de la disputa, sin quedarse en la superficie – muchas veces frustratoria, como gusta expresar nuestra Corte Suprema – de la tutela constitucional debida.*”

dos provimentos.

Com efeito, a devida (justa) utilização de processos coletivos é uma das formas de reduzir o afogamento do aparelho judiciário, por motivos óbvios: tanto o *cúmulo subjetivo de ações*⁹ como a *prevenção de agressões a direitos difusos e coletivos*¹⁰ podem otimizar o trabalho dos magistrados, reduzindo o tempo de julgamento dos processos ou evitando o seu próprio surgimento. Nesse sentido, com acerto arremata Mendes (2002, p. 33):

A questão não deixa de ser, também lógica, pois, a priori, os conflitos eminentemente singulares devem ser resolvidos individualmente, enquanto os litígios de natureza essencial ou acidentalmente coletiva precisam contar com a possibilidade de solução metaindividual. A inexistência ou o funcionamento deficiente do processo coletivo dentro do ordenamento jurídico, nos dias de hoje, dá causa à multiplicação desnecessária do número de ações distribuídas, agravando ainda mais à sobrecarga do poder judiciário. Na verdade, são lides que guardam enorme semelhança, pois decorrem de questão comum de fato ou de direito, passando a ser decididas de modo mecânico pelos juízos, através do que se convencionou chamar de sentenças-padrão ou repetitivas, vulgarizando-se a nobre função de julgar. É o que vem ocorrendo, verbi gratia, na Justiça Federal brasileira. Nas circunscrições do Rio de Janeiro e de Niterói, por exemplo, as sentenças padrão representaram, no cômputo do total de sentenças cíveis de mérito dos últimos quatro anos e sete meses, respectivamente, 62,5% e 73%. A atividade judicial descaracteriza-se com esta prática, por completo, passando a ser exercida e vista como mera repetição burocrática, desprovida de significado e importância.

2. Interesses Individuais e Coletivos

O autor português Silva (2002, p. 25) define interesse como “[...] a relação que se estabelece entre um sujeito (individual ou coletivo) e um bem que expressa a valoração que o sujeito faz como apto para a satisfação de uma sua necessidade. O interesse

⁹ Na linha, colhe-se do luso Sousa (2003, p. 91): “Numa análise econômica, a resolução jurisdicional dos conflitos deve ser obtida minimizando os custos sociais que lhe são inerentes e que são suportados pelo demandante, pelo demandado e pelo Estado. A tutela colectiva possui, nesta perspectiva, uma fácil justificação: esta tutela substitui acções individuais que implicariam a repetição da apreciação dos mesmos factos e das mesmas provas, a atribuição de eficácia ‘inter partes’ à resolução de questões comuns a todos os lesados e, por fim, a afectação dos recursos financeiros do lesante, não para o ressarcimento dos danos, mas para o pagamento dos custos daquelas acções.”

¹⁰ Segundo Sousa (2003, p. 106): “Deve ainda ser salientado que a solução de litígios relativos a interesses difusos através dos tribunais não só assegura a observância das garantias próprias nos processos judiciais, como permite a produção de certos efeitos que vão para além das incidências sobre o caso concreto. Estes efeitos gerais traduzem-se, quer na modificação dos comportamentos dos agentes e, portanto, na dissuasão de outras violações, quer na possibilidade de prevenção de outros conflitos. Este último efeito é naturalmente desejado pelos titulares do interesse difuso tutelado, mas o demandado também pode beneficiar de uma solução que é vinculativa para eventuais futuros lesados.”

assumirá a qualidade de jurídico a partir do momento em que seja reconhecido por uma norma”.

Os interesses podem ser classificados como individuais ou coletivos conforme a divisibilidade ou indivisibilidade do bem apto à sua satisfação: (1) os bens divisíveis estão sujeitos à possibilidade de apropriação individual e, por isso, os interesses relativos a ele podem ser caracterizados como tal; e (2) os interesses coletivos em geral se relacionam com bens indivisíveis, ou seja, aqueles com que, quando se satisfaz uma necessidade, há de se satisfazerem todas as outras vinculadas a ele. Para Silva (2002, p.57), os interesses coletivos podem ser:

- a) *difusos*: quando, além da indivisibilidade, acresce-se a indeterminação do sujeito; e
- b) *coletivos em sentido estrito*: quando, ao contrário do que ocorre com os interesses difusos, além da indivisibilidade do bem, vislumbra-se uma *entidade concreta e provida de organização como centro de referência dos titulares do direito*. Nessa categoria é possível determinar os titulares do interesse.

Há uma categoria interessante denominada *interesses individuais homogêneos*. Esses interesses, como fazem entender seus próprios nomes, são individuais, entretanto a homogeneidade de conteúdos e o universo relativamente vasto de sujeitos afetados ensejam o associativismo. Sua importância supra-individual surge quando a lesão, que tem origem comum – e, devido a isso, implica a apreciação de um núcleo comum de matéria fática e jurídica –, demonstra pouco significado patrimonial no plano estritamente individual, o que, dentro de uma relação custo-benefício, impede sua tutela jurisdicional, mas, quando redimensionada globalmente, representa um grande prejuízo social.¹¹

Dessa forma, para se garantir o acesso à justiça – em reprimenda dos atos lesivos e para a reparação das esferas jurídicas lesionadas – os interesses jurídicos eminentemente individuais que possuem alto grau de semelhança passam a ter um trato processual coletivo. No caso do sistema coletivo brasileiro, há no Código de Defesa do Consumidor uma sistematização legal, diferenciando-se, no artigo 81 (através de seus incisos), os interesses ou direitos difusos (I) dos interesses ou direitos coletivos (II) e dos interesses ou direitos individuais homogêneos (III).

¹¹ Didática a lição de Alvim nos Apontamentos sobre o processo das ações coletivas (texto inédito, gentilmente cedido pelo autor): “Diferem os direitos individuais homogêneos dos direitos difusos porque estes têm indeterminação quanto aos titulares e são indivisíveis; dos direitos coletivos porque estes também não têm titular individualizado, mas sim o grupo identificado, e também têm natureza indivisível; já os individuais homogêneos, como visto, têm a titularidade perfeitamente individualizada”. Merece também registro a doutrina do capixaba Abelha (2003, p. 45), no sentido de que os interesses individuais homogêneos devem ser analisados “[...] sob um ângulo qualitativo e outro quantitativo [...] O qualitativo é o de que devem possuir uma origem comum (não necessariamente idêntica), compreendida sob o aspecto da causa de pedir próxima ou remota. O quantitativo diz respeito ao fato de que tais interesses homogêneos devam possuir, efetivamente, uma considerável extensão de indivíduos, de tal forma que seja lícito atribuir-lhes um caráter de ‘homogêneos’, portanto, com dimensão social que, pois, justifique, um tratamento coletivo”.

Apesar de o artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor estampar as nuances das manifestações do direito *supra-individual*, nunca é demais trazer à baila – pela didática construção – o quadro desenhado por Mazzili (2002, p. 50), despontando as diferenças e semelhanças dos direitos e interesses *supra-individuais*:

Interesses (ou direitos)	Grupo	Divisibilidade	Origem
Difusos	Indeterminável	Indivisíveis	Situação de fato
Coletivos	Determinável	Indivisíveis	Relação jurídica
Individuais Homogêneos	Determinável	Divisíveis	Origem comum

Importante realçar, desde logo, que em Portugal, apesar de identificada a sistematização em foco, não há dispositivo legal que faça a diferenciação entre os direitos *supra-individuais*, não obstante a doutrina examinar a questão com posição muito próxima ao disposto na nossa legislação.¹²

3. A Ação Popular Portuguesa

A Constituição da República Portuguesa (1976), inspirada na idéia de participação democrática, positivou a seguinte prescrição, em seu artigo 52º, n.º 1:

Os cidadãos têm o direito de apresentar, individual ou coletivamente, aos órgãos de soberania ou a quaisquer autoridades petições, representações, reclamações ou queixas para defesa dos seus direitos, da Constituição, das leis ou do interesse geral.

Com esse dispositivo, o legislador constitucional previu – e prescreveu – a existência de tratamento processual específico para a tutela de direitos coletivos.

O mesmo dispositivo versa sobre a ação popular, que inicialmente era apenas mencionada no texto da Carta Magna, mas teve seu conteúdo preenchido pela Lei Complementar n.º 1/89. Mais mudanças vieram com a edição da Lei Constitucional n.º 1/97, que incluiu no objeto dessa demanda a tutela dos “[...] *direitos dos consumidores e a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais*”. Atualmente, o artigo 52º, n.º 3, da Constituição portuguesa, que prevê tanto o *direito de petição* como o *direito de ação popular*, possui a seguinte redação:

¹² Confira-se: Silva (2002, p. 15-70).

Artigo 52º

(Direito de petição e direito de acção popular)

1. Todos os cidadãos têm o direito de apresentar, individual ou colectivamente, aos órgãos de soberania ou a quaisquer autoridades petições, representações, reclamações ou queixas para defesa dos seus direitos, da Constituição, das leis ou do interesse geral e bem assim o direito de serem informados, em prazo razoável, sobre o resultado da respectiva apreciação.

2. A lei fixa as condições em que as petições apresentadas colectivamente à Assembleia da República são apreciadas pelo Plenário.

3. É conferido a todos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de acção popular nos casos e termos previstos na lei, incluindo o direito de requerer para o lesado ou lesados a correspondente indemnização, nomeadamente para:

- a) Promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infracções contra a saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural;
- b) assegurar a defesa dos bens do Estado, das regiões autónomas e das autarquias locais.

É curioso notar que, apesar de seu aparecimento em 1976, a *acção popular* só veio a ser regulamentada em 1995 – quase 20 anos de ineficácia – pela edição da festejada Lei n.º 83 (Lei de Acção Popular). Com a entrada em vigor desse diploma legal, superou-se uma angustiante inconstitucionalidade por omissão,¹³ uma vez que a norma prevista no artigo 52º, n.º 3 da Constituição da República Portuguesa era, por muitos, conside-

¹³ A ação de inconstitucionalidade por omissão está prevista na Constituição da República Portuguesa: “Artigo 283º (Inconstitucionalidade por omissão) 1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das assembleias legislativas regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão de medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais. 2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.”

¹⁴ Vale mencionar o Processo n.º 554/93, julgado pelo Tribunal Constitucional português, através do qual “[...] o Provedor de Justiça veio requerer, em 8 de outubro de 1993, nos termos e para os efeitos do disposto no artigo 283º, ns. 1 e 2 da Constituição, que o Tribunal Constitucional aprecie e verifique o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequível a norma do artigo 52º, n. 3, na qual se consagra o direito de acção popular”. Após a notificação do Presidente da Assembleia da República (15.11.1993) e da conclusão das diligências instrutórias, o relator do processo, em 23.5.1994, apresentou o projeto de acórdão que entrou na ordem de inscrição em tabela para julgamento, propondo que o Tribunal decidisse no sentido de “[...] dar por verificado o não cumprimento da Constituição por omissão da medida legislativa prevista no artigo 52º, n. 3, necessária para tornar exequível o direito de acção popular ali consagrado”, e que se desse, em consequência, “conhecimento desta verificação à Assembleia da República”. Acontece que a Lei de Acção Popular foi editada em 1995, antes do julgamento desse processo, tendo, então, o Acórdão n. 638/95 verificado “[...] que no articulado da Lei n. 83/95, se contém uma disciplina global, integrada e tanto quanto possível completa do ‘direito de acção popular’ consagrado no artigo 52º, n. 3, da Constituição, devendo dizer-se que, com a sua emissão, se deu cumprimento à incumbência cometida ao legislador naquele preceito constitucional. [...] E assim sendo, poderia eventualmente ter-se por verificada uma situação de inutilidade superveniente com a consequente extinção da lide”. Transcreve-se, então, o provimento que decidiu o processo: “Nestes termos, decide-se não ter por verificada a omissão das medidas legislativas necessárias à exequibilidade da norma do artigo 52º, n. 3, da Constituição.”

rada inexecutável por si mesma.¹⁴ Com base nessa lei, podemos afirmar que a efetiva tutela dos interesses supra-individuais dentro da ação popular se consagra sob quatro finalidades: a) *prevenção*; b) *cessação*; c) *perseguição*; d) *indenização das infrações contra esses bens jurídicos*.

4. O Objeto da Ação Popular Portuguesa

Conforme se observa no próprio dispositivo constitucional, a ação popular tem por objeto promover a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das agressões relativas a interesses jurídicos supra-individuais.¹⁵ Nada obstante, os artigos 22^{o16} e 23^{o17} da Lei de Ação Popular – LAP impõem o dever de indenizar o(s) lesado(s) pelos danos decorrentes de violação dolosa ou culposa aos interesses supracitados, sem esclarecer, contudo, se na ação popular pode ser deduzido o respectivo pedido.

Outro aspecto curioso em relação à Lei de Ação Popular aparece na hipótese em que não seja possível identificar os titulares do direito à indenização (art. 22^o, 2), caso em que o valor da indenização deverá ser arbitrado globalmente. Há aqui duas omissões relevantes: a) *o legislador não estabeleceu se essa indenização global só pode ser requerida pelo autor ou se é permitido ao juiz fixá-la ex officio*; e, ainda, b) *não estabelece o destino da indenização fixada*. Pois bem, para solucionar o caso da possibilidade de pedido indenizatório na própria ação popular, Silva (2002, p. 110) afirma:

Considera-se, pois, que o n. 1 do artigo 22^o da Lei de Ação Popular consagra o princípio geral de que os danos causados pela violação dos interesses individuais homogêneos, colectivos e difusos, que recaiam sobre o ambiente, qualidade de vida, patrimônio cultural e consumo de bens e serviços, são indemnizáveis através da acção popular. E que, quando os titulares destes interesses estejam identificados, deve a indemnização ser fixada individualmente e reclamada no prazo de três anos, revertendo, decorrido esse prazo, a favor do Ministério da Justiça, que a efectuará ao pagamento de procuradoria e no apoio ao acesso aos tribunais dos titulares de acção popular.

Vale notar, para compreender a questão, a posição adotada pelo Supremo Tribunal de

¹⁵ Essa finalidade é repetida no artigo 1^o da Lei de Ação Popular.

¹⁶ “Artigo 22^o (Responsabilidade civil subjectiva). 1. A responsabilidade por violação dolosa ou culposa dos interesses previstos no artigo 1^o constitui o agente causador no dever de indemnizar o lesado ou lesados pelos danos causados. 2. A indemnização pela violação de interesses de titulares não individualmente identificados é fixada globalmente. 3. Os titulares de interesses identificados têm direito à correspondente indemnização nos termos gerais da responsabilidade civil. 4. O direito à indemnização prescreve no prazo de três anos a contar do trânsito em julgado da sentença que o tiver reconhecido. 5. Os montantes correspondentes a direitos prescritos serão entregues ao Ministério da Justiça, que os escriturará em conta especial e os afectará ao pagamento da procuradoria, nos termos do artigo 21^o, e ao apoio no acesso ao direito e aos tribunais de titulares de direito de acção popular que justificadamente o requeiram.”

¹⁷ “Artigo 23^o (Responsabilidade civil objectiva). Existe ainda a obrigação de indemnização por danos independentemente de culpa sempre que de acções ou omissões do agente tenha resultado ofensa de direitos ou interesses protegidos nos termos da presente lei e no âmbito ou na sequência de actividade objectivamente perigosa.”

Justiça (PORTUGAL, 1997):

I - O artigo 1º da Lei n.º 83/95, de 31 de agosto, abrange não só os ‘interesses difusos’ (interesses de toda a comunidade) como ainda os ‘interesses individuais homogêneos’ (os que se polarizam em aglomerados identificados de titulares paralelamente justapostos).

II - O direito de reparação de danos dos assinantes do serviço telefónico por incumprimento de contrato inclui-se na categoria dos ‘interesses homogêneos individuais’.

III - A ACOP (Associação de Consumidores de Portugal) tem legitimidade para propor acção popular que tenha por objecto o pedido de indemnização dos assinantes de contrato de serviço telefónico público por violação contratual da prestadora do serviço.

Quanto à questão do destino da indenização global, em função da não-identificação dos lesados, entende-se, com base no artigo 562º do Código Civil português,¹⁸ que deve ser destinada à reconstrução da situação em que se encontrava; caso a situação não possa ser restaurada, a doutrina lusitana tem entendido razoável aplicar solução análoga à da hipótese de prescrição do direito às indenizações individuais com previsão no artigo 22º, 5º, pelo qual o Tribunal deve verificar o melhor destino a ser dado ao montante, podendo, inclusive, seguir o exemplo do *fluid recovery* das *class actions* norte-americanas.¹⁹

Por fim, vale ressaltar que, mesmo com toda sua amplitude, a ação popular não é o único meio de defender os interesses coletivos no ordenamento português – embora a Lei n.º 83/95 possa ser considerada como paradigma regulamentador do processo e procedimento aplicáveis às ações coletivas, como será visto adiante.

5. A Legitimidade para Propositura da Ação Popular

Antes de esquadriñar o instituto na Lei n.º 83/95, há de se apontar a preocupação dos legisladores lusitanos com a tutela dos interesses coletivos, já que fizeram questão de introduzir em seu Código de Processo Civil um dispositivo que guardasse a devida harmonia com os princípios orientadores da ação popular:

Artigo 26º-A

(Acções para a tutela de interesses difusos)

Têm legitimidade para propor e intervir nas acções e procedimentos cautelares destinados, designadamente, à defesa da saú-

¹⁸ “Artigo 562º (Princípio geral). Quem estiver obrigado a reparar um dano deve reconstituir a situação que existiria, se não se tivesse verificado o evento que obriga à reparação.”

¹⁹ No direito americano, caso o valor da condenação pecuniária seja maior que o da indenização devida, ou caso não haja condições para se identificarem os membros da classe beneficiada, ou ainda, quando não há habilitação suficiente por parte desses membros, o valor da condenação se reverte para o *fluid class recovery*, que destina o dinheiro para uma finalidade que venha atender aos interesses da classe beneficiada.

de pública, do ambiente, da qualidade de vida, do patrimônio cultural e do domínio público, bem como à proteção do consumo de bens e serviços, qualquer cidadão no gozo de seus direitos civis e políticos, as associações e fundações defensoras dos interesses em causa, as autarquias locais e o Ministério Público, nos termos previstos na lei.²⁰

Já transcrevemos o n. 3 do artigo. 56º da Constituição lusa, que confere a todos os cidadãos, pessoalmente ou através de associações de defesa dos interesses em causa, o direito de ação popular. Esse dispositivo, isoladamente considerado, deixava dúvidas em relação à possibilidade de um cidadão, pessoalmente, ser autor de uma ação popular quando não fosse detentor de um interesse direto na causa. Com tese de que seria possível a legitimação mais ampla, Souza (apud SILVA, 2002, p. 112) sustenta:

[...] a titularidade do interesse difuso é suficiente para atribuir a esse autor a legitimidade processual, não sendo exigível qualquer interesse individual e pessoal decorrente de uma ofensa, efectiva ou potencial, à sua integridade física ou ao seu património.

[...] não significa esta solução que o interesse difuso seja reconduzido a um interesse individual e pessoal e que a legitimidade para a propositura de uma ação de defesa de um interesse difuso seja equiparada à legitimidade do titular de um direito subjetivo. O que antes sucede é que, na falta de qualquer outro critério, pode-se utilizar analogicamente o interesse em demandar, referido no artigo. 26º n. 1, CPC, para reconhecer legitimidade à parte que pretende a tutela de um interesse difuso. Portanto, essa solução não se compromete com qualquer equiparação entre a legitimidade difusa e a individual: basta verificar que, ao contrário do carácter exclusivo e pessoal desta legitimidade individual, aquela legitimidade difusa não é exclusiva do autor da acção e não se refere a interesses pessoais dessa parte.”

Felizmente, essa situação de incerteza foi superada pela edição da Lei de Ação Popular, que, em seu artigo 2º, n. 1, aponta:

Artigo 2º

(Titularidade dos direitos de participação procedimental e do direito de acção popular)

1 - São titulares do direito procedimental de participação popular e do direito de acção popular quaisquer cidadãos no gozo dos seus direitos civis e políticos e as associações e fundações defensoras dos interesses previstos no artigo anterior, independentemente de terem ou não interesse directo na demanda.

²⁰ Esse dispositivo foi inserido no Código de Processo Civil português pelo Decreto-Lei n.º 329-A, de 12.02.1995, e teve sua redação final dada pelo artigo 180, de 25.09.1996.

Observa-se que o *direito de ação popular* é elaborado de forma completamente diferente do tradicional direito de ação: este pressupõe a titularidade de um interesse direto na situação jurídica para a qual se pede tutela jurisdicional, enquanto aquele a dispensa.²¹

Sobre a temática, é interessante observar o percurso constitucional da matéria, especificamente em relação às reformas do artigo 20º da Constituição portuguesa, que versa sobre o *direito de ação judicial*. O artigo em debate, inicialmente, garantia “[...] o acesso aos tribunais para defesa dos seus direitos”, mas foi alterado com a edição da Lei Complementar n.º 1/89, que modificou sua redação, passando a garantir “[...] direitos e interesses legítimos” como passíveis de serem defendidos perante os tribunais. Entretanto, essa redação, como já foi visto, causou polêmica acerca das questões sobre legitimação para defesa de direitos coletivos – uma vez que transmitia a idéia de que, para estar em juízo, o autor deveria vincular-se diretamente à titularidade do direito. Para solucionar o problema, o legislador lusitano resolveu, através da Lei Constitucional n.º 1/97, substituir a expressão *interesses legítimos* por *interesses legalmente protegidos*.

Atualmente, o artigo 20º da Constituição lusa possui a seguinte redação:

Artigo 20º (Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva).

1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos.
2. Todos têm direito, nos termos da lei, à informação e consulta jurídicas, ao patrocínio judiciário e a fazer-se acompanhar por advogado perante qualquer autoridade.
3. A lei define e assegura a adequada protecção do segredo de justiça.
4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objecto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.
5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos.

Em relação à legitimidade das pessoas coletivas para o ajuizamento de ação popular, o legislador português não se demonstrou tão *progressista* quanto foi para a legitimação individual.

²¹ Nesse sentido, Rego (1999, p. 50-51): “Consagra-se, no âmbito do processo civil, a legitimidade fundada, não na invocação de um interesse direto e pessoal na demanda, mas no exercício do direito de acção popular, previsto no artigo 52º, n. 3, da Constituição e regulado na Lei n.º 83/95, de 31 de agosto.”

Com efeito, a Lei de Ação Popular estabeleceu que as pessoas jurídicas, para possuírem legitimidade processual coletiva, devem apresentar os seguintes requisitos:²² a) possuir personalidade jurídica; b) incluir expressamente em suas atribuições ou objetivos estatutários a defesa dos interesses em causa;²³ c) não exercer qualquer tipo de atividade profissional concorrente com empresas ou profissionais liberais.

As autarquias locais são legitimadas ativamente para propor ação popular apenas para tutelar interesses que guardem a devida pertinência à sua circunscrição territorial. Assim prescreve o artigo 2º, n. 1 da Lei de Ação Popular: “São igualmente titulares dos direitos referidos no número anterior as autarquias locais em relação aos interesses de que sejam titulares residentes na área da respectiva circunscrição.”

5.1. A Figura do Ministério Público

Na Europa, há uma forte tradição de se vincular o Ministério Público às funções penais, restringindo-se, quase sempre, sua atuação em outras searas jurídicas. Com síntese, Leite (2001, p. 122) traça quadro que demonstra o *status* do Ministério Público no direito comparado, com destaque para a Europa:

[...] como o próprio fenômeno da globalização, anteriormente mencionado, estende suas teias não apenas aos aspectos meramente econômicos e políticos, como também, aos problemas sociais, culturais e institucionais de todo o planeta, parece-nos importante ressaltar as quatro tendências que vêm influenciando as legislações respeitantes ao Ministério Público de alguns países do mundo ocidental. A primeira tendência reúne os sistemas dos países do *common law* e se funda, basicamente, nos ordenamentos inglês e norte-americano, sendo certo que em ambos a atuação de órgãos análogos ao Ministério Público se resume quase que exclusivamente à matéria criminal. E isso decorre do fato de que, dado o alto grau de conscientização política e cultural da população desses países, bem como o elevado respeito aos Poderes Públicos aos direitos fundamentais, não sobra espaço para um Ministério Público do tipo providencialista como o nosso.[...]

A segunda tendência é observada em alguns países da Europa Continental, especialmente nos ordenamentos jurídicos da França e Bélgica, onde o *parquet* é organizado como magistratura; Alemanha, Espanha e Holanda, que reconhecem-no como um corpo de funcionários integrantes do Poder Executivo, embora destinatários de garantias e prerrogativas semelhantes às dos magistrados. [...]

A terceira tendência é verificada na Itália contemporânea, onde

²² Todas as exigências constantes no artigo 3º da Lei de Ação Popular.

²³ Esse requisito também consta no artigo 2º, n. 1 do mesmo corpo normativo.

o Ministério Público ‘ostenta hoje uma estrutura singular, concebida não como um magistrado ou como serviço, mas como função, o que lhe garante uma posição singular no universo dos ‘*parquets* democráticos’. No ordenamento jurídico italiano, a rigor, não há lugar para uma nítida distinção entre a magistratura judicante e a magistratura de *parquet*, pois ambos integram a mesma carreira institucional. De toda a sorte, o escopo da instituição ministerial, na Itália, reside, tal como nos sistemas anteriormente mencionados, no combate do crime, mediante o exercício de ação penal, inexistindo, portanto, previsão normativa para a sua atuação em prol dos interesses metaindividuais. [...]

A quarta e última tendência é encontrada no atual sistema português, onde, segundo, José Joaquim Gomes Canotilho, há pluralidade de atribuições do Ministério Público, como órgão do poder judicial, tais como: a) representar o Estado; b) exercer a ação penal; c) defender a legalidade democrática; d) defender outros interesses definidos em lei. Nos últimos anos, assegura Eduardo Maia Costa, foram atribuídas ao Ministério Público português ‘importantes competências na defesa dos interesses difusos e coletivos, concretamente no que se refere à salvaguarda do meio ambiente, dos consumidores e do patrimônio histórico e cultural’.²⁴

Assim, do panorama desenhado, tem-se que a figura do Ministério Público em Portugal tem contornos diferentes dos demais países da Europa Continental. Nessas condições, o Ministério Público tem participação relevante na ação popular portuguesa, ainda que de forma bem mais tênue que o Ministério Público brasileiro nas ações coletivas.²⁵ Com efeito, através do artigo 16º, a Lei de Ação Popular reservou a esse órgão, como regra geral, a *fiscalização da legalidade*, podendo apenas intervir nas ações, sem, contudo, poder ajuizá-las.²⁶

Excepcionando essa regra, o órgão pode, conforme disposição do mesmo artigo 16º, 1, 2 e 3, respectivamente: a) representação do Estado, dos ausentes, dos menores e dos demais incapazes, quando estiverem figurando como parte na causa; b) representar outras pessoas coletivas públicas quando tal for autorizado por lei; e c) substituir o

²⁴ No texto transcrito, o autor citou os trabalhos de João Francisco Sauwew (1999), Canotilho (1993, p. 767) e Costa (1999, p. 52).

²⁵ No sentido: “O Estatuto do MP, aprovado pela Lei n.º 60/98, veio conferir-lhe intervenção principal (e subsidiariamente acessória) com vista à defesa, nos casos previstos na lei, dos interesses colectivos e difusos (arts. 3º, n. 1 ‘e’, 5º, ns. 1, ‘e’ e 5, ‘a’)” (REGO, 1999, p. 51). Eduardo Maia Costa não enfrenta especificamente a questão da ação coletiva e o Ministério Público luso, tendo em vista que o foco de seu trabalho está mais a história e alterações administrativas da instituição (Ministério Público em Portugal, in José Marcelo Vigliar; Ronaldo Porto Macedo Junior (Coords.), Ministério Público II e democracia, p. 44-54).

²⁶ Mendes (2002, p. 145): “A grandeza demonstrada na concessão de legitimidade aos indivíduos, associações e entes públicos não se revela, todavia, em relação ao papel deferido ao Ministério Público. O problema não diz respeito à atuação do ‘parquet’ português. Na Europa, em geral, a vinculação dos magistrados de pé ao Estado e as funções eminentemente penais ainda é predominante.”

autor em caso de desistência da lide, de transação ou de comportamentos lesivos dos interesses em causa. Assim, ainda que não haja legitimidade para propor demanda,²⁷ conforme conjugação dos artigos 2º e 16º da Lei de Ação Popular, ao contrário do que ocorre nos outros países da Europa – conforme destacado, o Ministério Público em Portugal tem atuação em prol da defesa dos interesses *supra-individuais*

Importante salientar que a Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96), editada em data posterior à Lei n.º 83/95, prevê, em seu artigo 13º, a legitimação do Ministério Público para propor as ações vinculadas àquele diploma legal. Dessa forma, nota-se que há uma tendência de – cada vez mais – legitimar o Ministério Público em Portugal para a defesa dos interesses *supra-individuais*, sendo possível, inclusive, o debate a respeito da interpretação extensiva do artigo 13º, consoante abordaremos adiante no item 8 e seguintes.

Há uma tendência muito grande de alteração das funções do Ministério Público em Portugal, aumentando a suas funções, com legitimação para atuar ativamente. Nesse sentido, em trabalho sobre os novos desafios da Justiça lusa, elaborado no âmbito do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa (OPJ), através de programa de investigação efetuado com o Ministério da Justiça de Portugal, constatou-se:

As especificidades mais importantes do modelo português do Ministério Público são sua autonomia face ao Poder Executivo e o facto de seus agentes (também eles magistrados) desfrutarem dos direitos e deveres equivalentes aos juízes (princípio do paralelismo) – inclusive a existência de um Conselho Superior específico do Ministério Público, que constitui uma outra inovação do nosso modelo.

Outra das particularidades do nosso Ministério Público tem a ver com as competências que lhe foram atribuídas, e que rompem com o anterior modelo, como sejam a direcção da investigação criminal e o exercício da acção penal, a promoção e a coordenação de acções de prevenção criminal, controlo da constitucionalidade das leis e regulamentos, a fiscalização da polícia judiciária, para além da defesa dos interesses do Estado. Se algumas destas tarefas já estavam consagradas em leis anteriores, o facto de se poderem exercer com autonomia confere-lhes uma importância bastante acrescida.

A questão que se colocava, e que em parte ainda se mantém, é se o Ministério Público seria capaz de exercer tão vasto rol de competências, adoptando uma postura activa, em vez da tradicional postura passiva. Por que esta lei [Lei Orgânica do Ministério Público – Lei n.º 39 de 5 de julho de 1978] estabelece que o Ministério Público passe a ter capacidade de iniciativa, o que

²⁷ Na ação popular brasileira (Lei n.º 4.717/65), o Ministério Público também não possui legitimidade ativa para a propositura da ação (art. 1º), podendo contudo assumir o pólo ativo (art. 9º), caso o autor desista da ação ou der motivo a absolvição da instância.

é diferente de exercê-la. (PEDROSO, 2003, p. 400).

Portanto, não será surpresa se for conferida a legitimidade para o Ministério Público intentar a ação popular, abrindo-se o rol previsto na Lei n.º 83/95.

5.2. O Regime Especial de Representação

O artigo 14º da Lei de Ação Popular cria um regime especial de representação para a ação popular:

Artigo 14º

(Regime especial de representação processual)

Nos processos de ação popular, o autor representa por iniciativa própria, com dispensa de mandato ou autorização expressa, todos os demais titulares dos direitos ou interesses em causa que não tenham exercido o direito de auto-exclusão previsto no artigo seguinte, com as consequências constantes da presente lei.

Pode-se observar que a legitimidade na ação popular é aferida através de elementos exclusivamente objetivos: basta ser *supra-individual* o interesse que se pretenda tutelar. A identificação subjetiva do autor com o direito material questionado é elemento accidental e não fundamental, quando tratamos da ação popular portuguesa.²⁸

Apesar de o artigo 14º estabelecer que o autor representa os interessados com dispensa de mandato ou autorização, a rigor, observa-se que tecnicamente ocorre o contrário, pois o artigo 15º, como gizado anteriormente, consagra que eventuais interessados na causa podem intervir na ação popular para declarar se aceitam ou não a representação do autor, sob pena de sua passividade valer como aceitação.

Restam ainda dois pontos problemáticos dentro desse sistema: (a) os interessados podem não ter tido o conhecimento sobre a pendência da ação; (b) se houvesse efetivamente representação, como se explicaria a existência do regime da coisa julgada *segundo o evento da lide*, uma vez que se ela existisse de fato, a decisão poderia produzir sua eficácia subjetiva total independentemente de ser favorável ou desfavorável? Por isso, Freitas (2003, p. 393), afirmando que as medidas que buscam contornar o déficit de contraditório na ação popular portuguesa não são suficientes, defende:

No siendo vinculantes las definiciones legales, se debe apartar la noción de representación basada em la conducta omissiva de los terceros interesados.

- Em princípio, la ley quiso sujetar a los terceros que, citados

²⁸ Vale ressaltar que sempre haverá essa identificação subjetiva quando se estiver discutindo em juízo a agressão a um direito difuso.

para ocupar la posición de autores, no lo hayan hecho ni se hayan excluido de la causa, a las consecuencias, favorables o desfavorables de la decisión a ser editada.

- Sin embargo, considerando la modalidad de citación necesariamente escogida (por medio público de comunicación) no garantiza que la propuesta de acción haya llegado al conocimiento de todos los interesados, la constitución de caso juzgado desfavorable contra ellos, privándolos del ejercicio del derecho de acción, viola en términos inadmisibles el derecho de acceso a la justicia, por lo que sólo será constitucional permitirles el aprovechamiento del caso juzgado favorable y que nunca los afecte el caso juzgado desfavorable.

5.3. O Controle da Legitimidade Popular

Os critérios elencados anteriormente não são suficientes para garantir que, numa ação popular, os autores proponentes da demanda sejam considerados legítimos. Os doutrinadores portugueses ressaltam que a legitimidade popular está sujeita a um duplo controle, o primeiro feito através de um caráter formal (análise dos requisitos previstos no art. 2º da LAP), e o segundo feito substancialmente, através da observância de como o autor exerce a representação no processo. No sentido, segundo Sousa (2003, p. 232):

A representação assumida pelo autor popular deve ser analisada considerando dois fatores: esta representação permite que todos os titulares do interesse difuso beneficiem do resultado da ação popular, mas, ao mesmo tempo, a ausência daqueles titulares desta ação pode favorecer que o autor assuma condutas prejudiciais aos interesses daqueles titulares e a falta de controle do demandante sobre o seu advogado também pode conduzir a que este mandatário não defenda adequadamente os interesses daqueles titulares. Na primeira situação, há um conflito (endógeno) entre os titulares do interesse difuso; no segundo, há um conflito (exógeno) entre o mandatário do autor popular e os titulares do interesse difuso.

A segunda fase de controle – a *substancial* – pode ser exercida de duas formas:

- a) *Pelo Ministério Público*, que, percebendo estar o autor praticando atos lesivos em relação aos interesses em causa, pode substituí-lo, assumindo assim o pólo ativo da relação processual, conforme autoriza o artigo 16º, n. 3 da Lei da Ação Popular; ou
- b) *pelo juiz* que, fundado em motivações de cada caso concreto, pode restringir, apesar

da procedência do pedido, os efeitos da coisa julgada às partes da ação. Em outros termos, o magistrado pode, naquele processo, não reconhecer a tutela de qualquer interesse difuso ou coletivo.

6. A Coisa Julgada na Ação Popular

As sentenças proferidas em ações populares transitadas em julgado produzem eficácia *erga omnes* e sobre elas operam-se todos os efeitos da coisa julgada²⁹, situação excepcionada em duas hipóteses:

- a) Quando o pedido for julgado improcedente por falta de provas, não se produzem efeitos em face daqueles interessados que tiverem exercido seu direito de exclusão; e
- b) quando o julgador deixar de atribuir tal efeito fundado em motivações próprias do caso concreto.

6.1. Coisa Julgada e Direito de Auto-Exclusão

Os interessados na ação popular são chamados a intervir pela citação promovida por anúncios públicos emitidos por edital ou quaisquer meios de comunicação, conforme prevêm os ns. 1 e 2 do artigo 15º da Lei de Ação Popular.³⁰ Esses interessados são autorizados a intervir na ação através da formação de um litisconsórcio ativo sucessivo ou podem escolher sua auto-exclusão do procedimento, adotando tal procedimento até o término da produção de provas ou durante fase equivalente, mediante declaração nos autos.³¹ Dessa forma, os interessados que não se auto-excluírem passam a sofrer todos os efeitos decorrentes daquele processo. Com esse regime de citações, o legislador permite salvaguardar o contraditório e destranca as vias para a produção de todos efeitos *erga omnes* da sentença, ao final da causa. Nesse sentido, Silva (2002, p. 115):

²⁹ “Artigo 19º (Efeitos do caso julgado). 1. As sentenças transitadas em julgado proferidas em ações ou recursos administrativos ou em ações cíveis, salvo quando julgadas improcedentes por insuficiência de provas, ou quando o julgador deva decidir por forma diversa fundado em motivações próprias do caso concreto, têm eficácia geral, não abrangendo, contudo, os titulares dos direitos ou interesses que tiverem exercido o direito de se auto-excluir da representação. 2. As decisões transitadas em julgado são publicadas a expensas da parte vencida e sob pena de desobediência, com menção do trânsito em julgado, em dois dos jornais presumivelmente lidos pelo universo dos interessados no seu conhecimento, à escolha do juiz da causa, que poderá determinar que a publicação se faça por extracto dos seus aspectos essenciais, quando a sua extensão desaconselhar a publicação por inteiro.”

³⁰ “Artigo 15º (Direito de exclusão por parte de titulares dos interesses em causa). 1. Recebida petição de ação popular, serão citados os titulares dos interesses em causa na ação de que se trate, e não intervenientes nela, para o efeito de, no prazo fixado pelo juiz, passarem a intervir no processo a título principal, querendo, aceitando-o na fase em que se encontrar, e para declararem nos autos se aceitam ou não ser representados pelo autor ou se, pelo contrário, se excluem dessa representação, nomeadamente para o efeito de lhes não serem aplicáveis as decisões proferidas, sob pena de a sua passividade valer como aceitação, sem prejuízo do disposto no n. 4. 2. A citação será feita por anúncio ou anúncios tornados públicos através de qualquer meio de comunicação social ou editalmente, consoante estejam em causa interesses gerais ou geograficamente localizados, sem obrigatoriedade de identificação pessoal dos destinatários, que poderão ser referenciados enquanto titulares dos mencionados interesses, e por referência à ação de que se trate, à identificação de pelo menos o primeiro autor, quando seja um entre vários, do réu ou réus e por menção bastante do pedido e da causa de pedir.”

³¹ Assim prevê o n. 4 do artigo 15º da Lei de Ação Popular: “A representação referida no n. 1 é ainda susceptível de recusa pelo representado até ao termo da produção de prova ou fase equivalente, por declaração expressa nos autos.”

Assim, as sentenças têm, em princípio, efeitos que se estendem a todas as pessoas titulares do interesse que não se auto-excluíram da lide, ou seja, a sentença não produz apenas efeitos relativamente às partes, pois, como o interesse supra-individual diz respeito a um número determinado ou indeterminado de indivíduos, se a decisão final da causa não fugisse aos limites clássicos do caso julgado, de nenhum interesse se revestiria, porquanto, a conflitualidade que a acção pressupõe continuaria a existir relativamente aos restantes titulares do interesse supra-individual podendo estes intentar outras acções, com o mesmo pedido e causa de pedir, com manifesto prejuízo para a economia processual e, mais grave, a pluralidade de acções poderiam originar casos julgados contraditórios, com prejuízo para a certeza e segurança jurídicas.

Entretanto, esse sistema só é adequado para a tutela de interesses individuais homogêneos, pois, em relação aos direitos coletivos e difusos, que recaem sobre bens indivisíveis, a decisão proferida afeta invariavelmente a esfera jurídica de todos os interessados; em outras palavras, mesmo que o titular de um interesse dessa estirpe se exclua, a decisão que resultar do processo produzirá efeitos em sua situação jurídica. Aprofundando-se no tema, Sousa (2003, p. 214) chega à seguinte conclusão:

A verificação de que, em certas acções populares, não é admissível o exercício da faculdade do *opting-out* concedida pelo artigo 15º, n. 1, LPPAP permite extrair uma importante conclusão. Tal como, no plano da legitimidade plural, se estabelece uma distinção entre o litisconsórcio unitário e o litisconsórcio simples [...] também no âmbito da representação inerente à legitimidade popular é possível distinguir entre uma representação unitária e uma representação simples [...]. A importância desta distinção radica na circunstância de que a representação unitária, porque é incompatível com a auto-exclusão de qualquer titular do interesse difuso, é uma representação necessária: os titulares do interesse difuso têm a faculdade de intervir na acção popular (cfr. art. 15º, n. 1, LPPAP), mas não a de se auto-excluir desta acção, pelo que, se não se decidirem pela intervenção ficam necessariamente abrangidos pela representação assumida pelo autor popular [...].

7. Procedimento Cautelar na Ação Popular

A Lei de Ação Popular não estabelece nenhum procedimento cautelar especial. A jurisprudência tem entendido que, em decorrência do princípio da adequação entre o direito material e a acção destinada a efetivá-lo – previsto no artigo 2º, n. 2, do Código

³² Código de Processo Civil português: “Artigo 2º - [...] 2. A todo o direito, excepto quando a lei determine o contrário, corresponde a acção adequada a fazê-lo reconhecer em juízo, a prevenir ou reparar a violação dele e a realizá-lo coercivamente, bem como os procedimentos necessários para acautelar o efeito útil da acção.”

de Processo Civil português³² –, às ações populares devem ser aplicados os procedimentos acautelatórios comuns. Nesse sentido, transcrevemos o seguinte sumário de acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (PORTUGAL, 1999):

A Lei 83/95, de 31 de agosto, que regula o direito de acção popular destinada a prevenir ou a fazer cessar as infracções contra a saúde pública e contra a prevenção do ambiente e qualidade de vida conferido pelo n. 3 do artigo 52º da Constituição a todos, pessoalmente ou através de associações, não contempla quaisquer procedimentos cautelares especiais. Daí que hajam de ser utilizados os procedimentos comuns, em consequência do princípio da adequação entre o direito e a acção destinada a fazê-lo reconhecer – artigo 2º, n. 2, do Código de Processo Civil.

Ainda no Supremo Tribunal de Justiça (PORTUGAL, 1998) colhe-se a seguinte decisão pela admissibilidade de procedimentos cautelares, especificando seus requisitos:

II - Para o decretamento de uma providência cautelar não se impõe uma indagação exaustiva do direito do requerente, basta o juízo de probabilidade ou verosimilhança.

[...]

IV - A acção popular civil inclui a forma de procedimentos cautelares particularmente vocacionados para a concretização processual do princípio da prevenção.

Em paralelo, o artigo 18º da Lei de Ação Popular estabelece o seguinte:

Mesmo que determinado recurso não tenha efeito suspensivo, nos termos gerais, pode o julgador, em acção popular, conferir-lhe esse efeito, para evitar dano irreparável ou de difícil reparação.

É pertinente neste ponto citar postura do Tribunal Constitucional português, que decidiu, no Processo n.º 1132/98, pela inadequação de meio processual acessório para suspensão de eficácia de ato recorrido previsto no artigo 76º da Lei de Processos dos Tribunais Administrativos e Fiscais, tendo em vista o artigo 18º da Lei de Ação Popular, que prescreve a realização de tal pedido no próprio recurso. Pela importância, confirmam-se as partes mais importantes do citado acórdão:

II - FUNDAMENTAÇÃO:

4. Vem, assim, questionada nos autos, a possibilidade de, em sede de acção popular para defesa dos interesses referidos no artigo 52º, n. 3, da Constituição, se utilizar autonomamente o meio processual acessório de suspensão da eficácia do acto re-

corrido, apesar do estabelecido no artigo 18º da Lei n. 83/95, de 31 de agosto.

Esta norma tem o seguinte teor:

‘Artigo 18º

(Regime especial de eficácia dos recursos)

Mesmo que determinado recurso não tenha efeito suspensivo, nos termos gerais, pode o julgador, em acção popular, conferir-lhe esse efeito, para evitar dano irreparável ou de difícil reparação.’

Segundo o recorrente, esta norma não pode ter como efeito a eliminação, no caso, da opção pelo pedido de suspensão de eficácia previsto no artigo 76º da Lei de Processo dos Tribunais Administrativos e Fiscais (LPTA): a norma do artigo 18º só pode ser concebida como um ‘mais’ e não como norma restritiva dos meios processuais já existentes. Qualquer outra interpretação como a que foi feita no acórdão recorrido, torna a norma inconstitucional por violação dos artigos 2º, 20º, n. 5, 52º, n.3, alínea a) e 268º, n. 3, todos da Constituição.

Vejamos se será assim.

5. A Constituição, na sua versão original, veio consagrar no artigo 49º e no âmbito dos direitos, liberdades e garantias, a figura da acção popular, remetendo para a lei ordinária a regulação do seu exercício.

Com a revisão de 1997, atribuiu-se a todos os cidadãos o direito de acção popular, por si ou através de associação de defesa dos interesses em causa; os interesses indicados no preceito tanto podem ser a saúde pública como os direitos do consumidor, a qualidade de vida e a preservação do ambiente e do património cultural (n. 3, alínea a), do artigo 52º.

Entretanto, em 31 de agosto de 1995, foi publicada a Lei n. 83/95, pela qual se regulou o exercício do ‘direito de participação procedimental e de acção popular’, na qual se insere a norma questionada. A acção popular, na vertente que agora interessa, traduz uma forma de participação do cidadão na vida política do Estado, consubstanciando um meio de fiscalização da legalidade de actuação dos órgãos da Administração em sectores tão sensíveis como os atrás referidos. A lei, para além de regular a questão da titularidade do direito de participação e do direito de acção popular, estabelece os requisitos de legitimidade das associações e fundações, o exercício da acção popular e a responsabilidade civil e penal.

O legislador, no artigo 18º da Lei n. 83/95 estabeleceu um regime especial de eficácia dos recursos permitindo que, em acção

popular, mesmo aos recursos que, segundo o regime geral, não tenham efeito suspensivo, o juiz possa conferir-lhes tal efeito, desde que seja para evitar dano irreparável ou de difícil reparação. Trata-se, portanto, de um regime muito favorável para o recorrente, dependendo tal decisão unicamente da alegação (e, demonstração *prima facie*) do dano irreparável ou de difícil reparação dos actos ou deliberação impugnados. Não pode deixar de acentuar-se que esta acção popular ‘especial’ regulada pela Lei n. 83/95 visa a tutela dos chamados interesses difusos, que se apresentam como fundamento suficiente de ‘um direito de defesa’ com o correspondente direito de acção judicial. O direito de acção popular, na perspectiva de tutela de interesses difusos, admite, na sua consagração constitucional, a utilização dos meios processuais necessários à plena e efectiva tutela das posições jurídicas particulares (art. 20º, n. 5, da Constituição). Em matéria de direito administrativo, a Constituição reconhece e garante aos administrados ‘tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos’, incluindo nomeadamente a ‘adopção de medidas cautelares adequadas’ (art. 268º, n. 4, da Constituição).

No caso dos autos, do que se trata é de saber se a norma do artigo 18º da Lei n. 83/95, se interpretada em termos de excluir o recurso autónomo à suspensão de eficácia prevista nos artigos 76º e seguintes da LPTA é ou não inconstitucional, como alega o recorrente.

6. A resposta não pode deixar de ser negativa.

Com efeito, a Constituição assegura aos cidadãos para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais procedimentos judiciais céleres, por forma a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos (n. 5 do art. 20º); assegura-lhes também a tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos ou interesses legalmente protegidos por formas diversas (reconhecimento judicial, impugnação contenciosa dos actos administrativos que os lesem, etc.), entre elas a adopção de medidas cautelares adequadas (n. 4 do art. 268º).

Porém, existindo diversos meios processuais para acesso ao direito e ao tribunal, o princípio da tipicidade das formas, que também vigora no direito processual administrativo, impõe que os interessados utilizem o meio adequado para obterem a protecção judicial que pretendem: caso incorram em impropriedade do meio processual deverá concluir-se pela rejeição do pedido formulado.

Ora, no caso em apreço, o acórdão recorrido concluiu que se estava perante um caso de impropriedade do meio processual. Entendeu-se que a opção pelo exercício da acção popular nos termos previstos pela Lei n. 83/95 tem como consequência

que naquela lei se deverão procurar os termos processuais para a tutela dos interesses nela referidos, designadamente nela se devendo procurar ‘se na mesma estão previstas ou não ‘medidas cautelares adequadas’ a evitar as referidas infracções [...]’. Nessa perspectiva, considerou-se que essas medidas cautelares seriam precisamente as facultadas pelo artigo 18º agora em apreciação. Em apoio da posição adoptada a decisão indicou o Acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 9 de julho de 1996, Recurso n. 40 030-A, ‘que se pronunciou no sentido da inadmissibilidade do pedido de suspensão de eficácia, quando a declaração de ilegalidade é pedida através de acção popular’. Apurar se é esta a interpretação que melhor corresponde à razão de ser do regime aplicável não cabe nos poderes de cognição do Tribunal Constitucional, que tem de debruçar-se tão-só sobre a respectiva conformidade à Constituição.

Sendo assim, releva para a apreciação da questão de constitucionalidade suscitada o sentido da decisão, claramente elucidado pela seguinte passagem: ‘Existindo um meio processual adequado, para obter a providência cautelar, pretendida pelo requerente, neste processo, que é o próprio recurso contencioso previsto na Lei n. 83/95 e no qual é possível conferir efeito suspensivo às deliberações em causa, não é legítimo ao requerente escolher outro meio processual, que não o mais adequado, mais rápido e expedito, optando, antes, pelo pedido de suspensão de eficácia’. E mais à frente: ‘[...] não é inconstitucional [...] que a Lei n. 83/95, no seu artigo 18º, estabeleça que o meio mais adequado para obter efeito suspensivo seja alcançado através do pedido de suspensão formulado no próprio recurso contencioso, em que se pede a anulação do acto recorrido’, com o que, efectivamente, se excluiu a admissibilidade do pedido de suspensão de eficácia deduzido por apenso ao recurso contencioso simultaneamente instaurado.

Segundo Vieira de Andrade (A justiça administrativa: lições, Coimbra, 1998, p. 108), ‘O tribunal rejeita a acção ou providência, porque e na medida em que a tutela efectiva pode ser conseguida através de outro meio, que tem preferência legal sobre o meio escolhido’. A adequação do meio processual escolhido constitui, assim, um pressuposto processual ‘decorrente de a lei só admitir o uso de um certo meio subsidiariamente, isto é, se não for possível utilizar no caso outros ou um outro’ (Vieira de Andrade, *ibidem*, p. 173). É um pressuposto processual negativo que, segundo o mesmo autor também pode designar-se como ‘previsão legal de meio preferencial’ ou ‘impropriedade relativa do meio utilizado’.

Uma norma como o artigo 18º, da Lei n.º 83/95, que estabelece um regime especial de eficácia dos recursos, acaba por criar

um meio processual especial, dentro do processo administrativo existente; ora, como se escreveu no Acórdão n.º 105/99 (ainda inédito), relativamente a uma outra norma do processo administrativo, uma tal norma '[...] só seria inconstitucional, se, com o estabelecimento desse pressuposto, tornasse impossível ou particularmente onerosa a defesa contenciosa dos direitos ou interesses legalmente protegidos dos particulares'. Em tal caso, violar-se-ia o direito de acesso à via judiciária, no caso, à justiça administrativa.

A norma em questão, ao consagrar um regime especial de eficácia dos recursos não impede nem torna particularmente onerosa a defesa dos direitos e interesses em causa nos autos: muito ao contrário visa facilitar e simplificar tal defesa, pelo que não é inconstitucional. De facto, não viola o princípio do Estado de direito, antes visa realizá-lo; não viola o direito de acesso, antes o realiza mais prontamente, na medida em que o efeito da suspensão de eficácia pode ser conseguido, no caso de acção popular, mesmo em recursos que, no regime geral não podiam ter tal efeito, realizando assim mais proficientemente a tutela jurisdicional efectiva dos direitos e interesses legalmente protegidos dos administrados.

Inexistindo qualquer inconstitucionalidade na interpretação do artigo 18º feita na decisão recorrida, tem de negar-se provimento ao presente recurso.

III - DECISÃO:

Nestes termos, o Tribunal Constitucional decide negar provimento ao recurso e, em consequência, confirmar a decisão recorrida na parte.

Assim, apesar do entendimento de que é possível a invocação do artigo 2º, n. 2 do Código de Processo Civil português na tutela coletiva, em especial na acção popular, tem-se como inviável pedido “[...] deduzido por apenso ao recurso” para o fim de conferir efeito suspensivo ao recurso contra sentença em acção popular, procedimento esse que só será admissível se lançado no próprio recurso, através de interpretação bem rígida do artigo 18º da Lei de Acção Popular.

8. Das Ações Previstas na Lei n.º 24/96

A tutela coletiva em Portugal não se limita à acção popular, sendo relevante a breve análise da Lei n.º 24/96, que está vinculada às relações consumeristas. Com efeito, a legislação em tela prevê em favor do consumidor a possibilidade de ajuizamento de acção inibitória (arts. 10º e 11º) e de acção para reparação dos danos (art. 12º), fixando a legitimidade para essas acções no artigo 13º. Para facilitar a análise, examinaremos as

³³ Especificamente sobre os contratos tipo, em Portugal, o Decreto-Lei n.º 466/85 – alterado pelo Decreto-Lei n.º 220/95 – já havia consagrado a acção inibitória para proibir a utilização de cláusulas contratuais gerais abusivas.

questões de modo separado.

8.1 A Ação Inibitória e a Tutela de Interesses dos Consumidores

A ação inibitória consumerista está consagrada no direito português no artigo 10º da Lei n.º 24/96³³:

Artigo 10º

(Direito à prevenção e ação inibitória)

1. É assegurado o direito de ação inibitória destinada a prevenir, corrigir ou fazer cessar práticas lesivas dos direitos do consumidor consignados na presente lei, que, nomeadamente:

- a) Atentem contra a sua saúde e segurança física;
- b) se traduzam no uso de cláusulas gerais proibidas;
- c) consistam em práticas comerciais expressamente proibidas por lei.

2. A sentença proferida em ação inibitória pode ser acompanhada de sanção pecuniária compulsória, prevista no artigo 829º-A do Código Civil, sem prejuízo da indemnização a que houver lugar.

Do dispositivo citado, vê-se que a ação inibitória tem por objeto a condenação na realização de uma prestação positiva ou negativa – “[...] para prevenir, corrigir ou fazer cessar praticas lesivas ao direito do consumidor” – e na indenização dos danos individualmente sofridos e resultantes da atitude do demandado. A Lei de Defesa do Consumidor veio concretizar uma ampliação do modelo de ação inibitória criado pela aplicação do diploma relativo às cláusulas contratuais gerais e sua generalização às ofensas aos direitos dos consumidores (ALMEIDA, 2001, p. 80).

O sistema previsto no nosso Código de Defesa do Consumidor, sem dúvida, é bem mais completo. Isso porque o artigo 83 prevê expressamente a possibilidade de manejo de qualquer ação com utilidade e eficácia para a tutela coletiva. Contudo, muito importante destacar que não está descartada a ação de obrigação de fazer na lei consumerista portuguesa, pois o artigo 12º faz essa previsão, consoante veremos a seguir.

8.2 Reparação de Danos

Dispõe o artigo 12º da Lei n.º 24/96:

Artigo 12º

(Direito à reparação de danos)

1. O consumidor a quem seja fornecida a coisa com defeito, salvo se dele tivesse sido previamente informado e esclarecido antes da celebração do contrato, pode exigir, independentemente de culpa do fornecedor do bem, a reparação da coisa, a sua substituição, a redução do preço ou a resolução do contrato.

2. O consumidor deve denunciar o defeito no prazo de 30 dias, caso não se trate de bem móvel, ou de um ano, se se tratar de bem imóvel, após seu conhecimento e dentro dos prazos de garantia previstos nos ns. 2 e 3 do artigo 4º da presente lei.

3. Os direitos conferidos ao consumidor nos termos do n. 1 caducam findo qualquer dos prazos referidos no número anterior sem que o consumidor tenha feito a denúncia, ou decorridos sobre esta seis meses, não se contando para efeito o tempo despendido com as operações de reparação.

4. *Sem prejuízo do disposto no número anterior, o consumidor tem direito à indemnização dos danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes do fornecimento de bens ou prestação de serviços defeituosos.*

5. O produtor é responsável, independentemente de culpa, pelos danos causados por defeitos de produtos que coloque no mercado, nos termos da lei. (grifo nosso).

A leitura da parte destacada demonstra que, em favor do consumidor, poderá ser ajuizada não só ação de ressarcimento, mas de tutela mais ampla que permita conceder ao prejudicado a obrigação *in natura*. Em verdade, o artigo 12º tem um escopo maior do que aparenta, já que a conjugação dos itens 1 e 4 informa que o consumidor tem a possibilidade de rol maior de ações que, em hipótese alguma, estão limitadas às ações condenatórias, como poderia se imaginar a partir de um perfunctório exame da cabeça do dispositivo.

Portanto, mesmo que se diga que os artigos 10º e 12º da legislação portuguesa não detêm a potência do artigo 83 do nosso Código de Defesa do Consumidor, a nosso sentir, as ações mais comuns para a tutela do consumidor estão abarcadas pelo disposto nos artigos lusos, podendo-se vislumbrar facilmente a possibilidade de ajuizamento de: a) *ação condenatória para ressarcimento de eventual dano*; b) *ação inibitória*; c) *ação de obrigação de fazer*; d) *ação de abatimento do preço*; e e) *ação de rescisão (desconstituição) da relação contratual*.

8.3. A Legitimidade para a Propositura das Ações

A legitimidade para ajuizamento das ações sob a égide da Lei n.º 24/96 é estruturada de maneira diferente da ação popular e, no sentido, o artigo 13º da Lei de Defesa do Consumidor cria o seguinte sistema.

Artigo 13º

(Legitimidade activa).

Têm legitimidade para intentar as acções previstas nos artigos anteriores:

a) consumidores directamente lesados;

b) consumidores e as associações de consumidores ainda que

não diretamente lesados, nos termos da Lei n.º 83/95, de 31 de agosto;

c) o Ministério Público e o Instituto do Consumidor, quando estejam em causa interesses individuais homogêneos, colectivos ou difusos.

De plano, tem-se que o dispositivo prevê que, através da Lei n.º 24/96, é possível tanto a tutela individual quanto a coletiva, em qualquer das ações previstas anteriormente (arts. 10º e 12º). A tutela individual está disposta na letra “a”, e a tutela coletiva, via ação popular, fica assegurada pela letra “b”, legitimando para seus fins qualquer consumidor, ainda que não diretamente lesado pelo ato ilícito, no gozo dos seus direitos civis e políticos – já que há remissão à Lei de Ação Popular na alínea “b” do artigo 13º desse diploma.

Também são legitimadas para ajuizar ação coletiva associações de consumidores que tiverem personalidade jurídica e tenham incluído em seus fins estatutários a defesa dos direitos em questão e não exerçam atividade profissional em concorrência com empresas ou profissionais liberais.

8.3.1. Do Ministério Público e do Instituto do Consumidor

A alínea “c” do artigo 13º da Lei comentada também atribui legitimidade ao Ministério Público e ao Instituto do Consumidor para tutelar direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos através da ação inibitória, quebrando a tendência europeia que restringe a atuação acusatória do Ministério Público em casos que não versem sobre matéria penal.

Nota-se, pois, no particular, uma diferença entre o disposto no artigo 16º da Lei de Ação Popular, conforme descrito neste trabalho no item 5.1. No ambiente da Lei de Defesa do Consumidor lusa, nos termos do seu artigo 13º, confere-se legitimação para o Ministério Público em grande avanço, que poderá ajuizar ações para a defesa dos interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos. Na ação popular (art. 16º), o Ministério Público não tem a possibilidade de ajuizar a ação coletiva, e sua atuação no pólo ativo está limitada à situação de exceção. Sobre a questão, Almeida (2001, p. 16) – com olhos na legitimação deflagrada pelo artigo 13º da Lei n.º 24/96 – comenta:

A atribuição de legitimidade activa para a representação destes interesses pelo Ministério Público e a um instituto público – o Instituto do Consumidor – constitui um modelo exclusivo do legislador português. As experiências de outros Estados repartem-se por: soluções que assentam na organização dos consumidores (em grupos de interesse específicos, em associações estabilizadas ou em agrupamentos com vista à acção judicial) – o sistema anglo-saxónico e francês; em ‘provedores dos consumidores’ – o sistema escandinavo; na intervenção do

Ministério Público – o sistema brasileiro. O sistema agora criado no nosso ordenamento jurídico faz coexistir a legitimidade individual e associativa com a institucional – de um órgão de justiça (o Ministério Público) e de um instituto público (o Instituto do Consumidor). Esta preocupação proteccionista conduz à geração de espaços potencialmente conflituais – a possibilidade de defesa de interesses dos consumidores pelo Instituto do Consumidor contra a Administração Pública; a intervenção do Ministério Público em representação de interesses (no caso dos interesses individuais homogêneos); a sobreposição da acção de instituições de natureza pública. Concluir-se-á que o modelo erigido pela nova Lei de Defesa do Consumidor terá perdido em coerência, na exacta medida em que ganhou na demonstração de uma vontade mais acentuada de proteger os interesses dos consumidores.

A anotação doutrinária não nos parece totalmente correta, diante do disposto no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro, já que, na nossa nação, a legitimação das ações coletivas não é exclusiva do Ministério Público. A previsão dos incisos III e IV do artigo 82 demonstra que houve deslize na fala da professora portuguesa, já que se admitem não só órgãos oficiais como legítimos à defesa dos interesses dos consumidores, como também as associações com essa finalidade institucional.

Em verdade, o dispositivo de nosso ordenamento é muito mais abrangente que o artigo 13º da lei consumerista lusa, não só no campo da legitimação, mas também pela formação de microssistema, pela interligação do Código de Defesa do Consumidor com a Lei de Ação Civil Pública (Lei n.º 7.347/74/85), conforme disposto nos artigos 90 e 117 da nossa legislação consumerista³⁴. Para tanto, salutar colher a doutrina de Pizzol (1998, p. 145) examinando a interação do nosso Código de Defesa do Consumidor com os demais diplomas vinculados à tutela coletiva:

[...] antes do advento do Código de Defesa do Consumidor, já havia leis que disciplinavam, de forma esparsa, a tutela dessa categoria de direito e interesses. O legislador, ao estabelecer normas materiais e processuais relativas aos direitos dos consumidores, sentiu a necessidade de criar mecanismo de adapta-

³⁴ O artigo 117 do Código de Defesa do Consumidor inseriu o artigo 21 na Lei n.º 7.347/85: “Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor”, ao passo que o artigo 90 do mesmo diploma deixa evidente a aplicação do Código de Processo Civil e da ação civil pública no Código de Defesa do Consumidor: “Art. 90. Aplicam-se às ações previstas neste Título as normas do Código de Processo Civil e da Lei n.º 7.347, de 24 de junho de 1985, inclusive no que respeita ao inquérito civil, naquilo que não contraria suas disposições. Assim, cremos ser correta a afirmação de Eduardo Alvim (Texto inédito): “Embora a ação civil pública tenha sido concebida originariamente para a tutela de interesses difusos ou coletivos, em função da simbiose existente entre o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública (v. art. 21 da Lei n.º 7.347/85, acrescentado pelo art. 117 do CDC; e, em face do artigo 90, do CDC, em relação à aplicabilidade da LACP ao CDC), presta-se, também, à tutela de interesses individuais homogêneos”.

³⁵ A autora cita, no trecho transcrito, a doutrina de Nelson Nery Junior.

ção entre os sistemas já existentes e o do Código, sob pena de ‘ensejar duplicidade de regimes ou, o que seria pior, conflitos normativos com as disposições processuais do Código de Defesa do Consumidor.’ Por conta dessa interação entre o Código de Defesa do Consumidor e esses outros diplomas legais, especialmente a Lei de Ação Civil Pública, foi dedicada a última parte do Código à tarefa de adaptá-los, o que ensejou o surgimento de um microssistema único, destinado à tutela de todos os direitos e interesses ‘coletivos’, com base no qual se vem sustentando a existência da denominada ‘jurisdição civil coletiva’.³⁵

Assim, como na lei lusa não há previsão de criação de microssistema com a Lei de Ação Popular, resta saber se, com base em interpretação extensiva do artigo 13º da Lei n.º 24/96, irá se admitir uma legitimação do Ministério Público para intentar ações que não tenham como fundo a defesa do consumidor.³⁶

Pela letra legal, terá o Ministério Público português situação diferenciada apenas quando a questão se tratar de direito do consumidor, em razão de não ter o legislador português se utilizado de válvula legal próxima aos artigos 90 e 117 do Código de Defesa do Consumidor brasileiro que, no particular, poderia expandir a legitimação para a ação popular.

9. Comparativo Entre a Ação Civil Pública (Brasil) e a Ação Popular (Portugal)

Finalizando nosso estudo panorâmico, parece-nos salutar traçar comparativo da ação popular portuguesa com a ação civil pública brasileira, tendo em vista os traços que as marcam, seja pela semelhança, seja pela desigualdade.

A ação popular portuguesa, regulamentada pela Lei n.º 83/95, recebeu muita influência do sistema americano das *class actions*, especialmente no que se refere ao instituto da coisa julgada, entretanto, há também, naquele instrumento coletivo de tutela jurisdicional, uma série de semelhanças com técnicas utilizadas pelas ações coletivas brasileiras³⁷. Assim, neste item serão enumerados de forma sucinta os pontos divergentes e convergentes entre os sistemas de tutela coletiva no ordenamento dos dois países.

³⁶ Vale dizer que a Lei n.º 24/96 não só criou a legitimação do Ministério Público para mover as ações que envolvam interesses individuais homogêneos, coletivos ou difusos (art. 13º), como também atrelou definitivamente o mesmo ao direito consumerista, conforme disposto no artigo 20º desse diploma (“Artigo 20º {Ministério Público}. Incumbe também ao Ministério Público a defesa dos consumidores no âmbito da presente lei e no quadro das respectivas competências, intervindo em ações administrativas e cíveis tendentes a tutela dos interesses individuais homogêneos, bem como de interesses coletivos ou difusos dos consumidores.”).

³⁷ No sentido: Grinover (2000a, p. 48).

³⁸ Regulamentada pela Lei n.º 4.717/65 e modificada pela Lei n.º 6.513/77.

³⁹ Regulamentada pela Lei n.º 7.347/85 e ampliada pela Lei n.º 8.078/90.

⁴⁰ O Título III (arts. 81 a 104) do Código de Defesa do Consumidor é aplicado às ações civis públicas, em virtude do artigo 21 da Lei n.º 7.347/85 (LACP): “Artigo 21. Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.”

9.1. Meios para Defesa de Interesses Coletivos

Em Portugal, o instrumento processual por excelência para a proteção de bens coletivos é a ação popular, regulamentada pela Lei n.º 83/95. Já no Brasil, há uma série de instrumentos voltados para tal fim, entre os quais podemos citar o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX, da CF/88), a ação popular (art. 5º, LXXIII, da CF/88)³⁸ e a ação civil pública (art. 129, III, da CF/88)³⁹. Vale lembrar que o sistema processual coletivo brasileiro funciona em conformidade com o *princípio da não-taxatividade* ou da *máxima amplitude da tutela jurisdicional coletiva*, previsto no artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor⁴⁰: “Artigo 83 - Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”.

Nesse direcionamento, Almeida (2003, p. 344)):

Com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, foi totalmente ampliado o campo de aplicabilidade da Lei de Ação Civil Pública, seja no que tange ao seu objeto material, seja em relação ao seu objeto formal. Pela completa interação existente entre a Lei de Ação Civil Pública (art. 21) e o Código de Defesa do Consumidor (arts. 83 e 90), qualquer tipo de ação poderá ser utilizado para a tutela dos direitos e interesses protegido pela Lei de Ação Civil Pública. Com efeito, os pedidos não mais se restringem ao que dispõe os artigos 3º e 11 da Lei de Ação Civil Pública. Portanto, hoje são admissíveis o pedido condenatório, o meramente declaratório (positivo ou negativo), o constitutivo (ou desconstitutivo), o cautelar, o executivo e o mandamental.

A Lei de Ação Popular portuguesa, em atitude similar, mas não tão ampla, em seu artigo 12, estabelece que a ação popular pode se revestir de qualquer das formas previstas no Código de Processo Civil. Com base nesses argumentos, o sistema processual coletivo brasileiro demonstra-se à frente do ordenamento português, uma vez que sua maior maleabilidade permite a criação dos instrumentos processuais mais adequados à efetivação do direito material coletivo.

9.2. A Ação Popular no Brasil e em Portugal

A ação popular brasileira tem por objeto a anulação de ato lesivo ao “[...] patrimônio público ou entidade que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural”, tendo legitimidade para propor tal ação qualquer cidadão, havendo para esse tipo de demanda isenção de custas judiciais e do ônus da sucumbência, salvo se restar comprovada a má-fé do autor. Contudo, a Lei n.º 4.717/65, que regula a ação popular, prescreve o seguinte:

Artigo 11. A sentença que, julgando procedente a ação popular, decretar a invalidade do ato impugnado, condenará ao pagamento de perdas e danos os responsáveis pela sua prática e os beneficiários dele, ressalvada a ação regressiva contra os funcionários causadores de dano, quando incorrerem em culpa.

Se o pedido que for julgado procedente em sede de ação popular, enseja a prolação de sentença final com os seguintes conteúdos, conforme Almeida (2003, p. 412):

[...] a) *declaratório positivo*, quando se pede e é acolhido o pedido de nulidade do ato impugnado; b) *constitutivo negativo*, quando se pede e é acolhido o pedido de anulação do ato impugnado; c) *condenatório reparatório*, quando se pede e é acolhido o pedido de condenação dos responsáveis pelo ato invalidado, e dos que dele se beneficiaram, à reparação das perdas e danos; d) *condenatório preventivo*, quando se pede a tutela inibitória, ou seja, a condenação em obrigação de não fazer para evitar a concretização de ameaça iminente a quaisquer dos bens tuteláveis via ação popular.

Ainda no ordenamento brasileiro, temos a ação civil pública, que é o instrumento mais amplo e maleável para a tutela dos interesses coletivos⁴¹. Em Portugal, como foi visto, a ação popular tem por objeto a prevenção, a cessação, a perseguição e a indenização das infrações contra os bens jurídicos coletivos protegidos por lei. Em relação ao campo de incidência, tal ação possui grande familiaridade com a ação civil pública brasileira. Entretanto, o sistema de legitimação dessas duas ações tem grandes diferenças.

9.3. Interesses Coletivos Passíveis de Proteção

No Brasil, o legislador foi bastante cauteloso ao estabelecer que a lista de interesses protegidos, prevista no artigo 1º da Lei n.º 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública), é exemplificativa⁴², enquanto que, em Portugal, o diploma não faz menção expressa sobre a não-taxatividade do artigo 1º da Lei n.º 83/95 (Lei de Ação Popular).

9.4. Critérios Classificadores

Apesar de não haver claramente na legislação portuguesa uma classificação para os interesses coletivos, observa-se colateralmente em certos dispositivos a existência de

⁴¹ Grinover (2000a, p. 49) afirma que “[...] é certo que, no Brasil, os âmbitos de incidência da ação popular e da ação civil pública se tangenciam e por vezes se sobrepõem, mesmo porque recentes leis orgânicas do Ministério Público têm ampliado o campo próprio da ação civil pública, atribuindo ao *parquet* a titularidade de verdadeiras ações populares. Andou bem, portanto, o legislador português ao estabelecer um único instrumento de tutela jurisdicional para os interesses meta individuais que enumera.”

⁴² Afirma-se isso, pois, no mencionado rol, há indicação à proteção de “[...] qualquer outro interesse difuso ou coletivo”.

alguns critérios classificadores. Nesse direcionamento, cita-se Grinover (2000a, p. 50):

A lei portuguesa não distingue esses interesses, deixando claro, porém, que seus titulares podem ser identificados ou não (arts. 22.2 e 22.3). Isso, no fundo, equivale ao reconhecimento da existência de diversas categorias de interesses meta-individuais, pela titularidade mais ou menos difusa, chegando até a possibilidade de identificação.

Por outro lado, encontra-se no mesmo artigo 22 da Lei n.º 83/95 a distinção quanto à modalidade da indenização, sendo ela fixada globalmente quando se tratar de titulares não individualmente identificados (art. 22º.2), ou dividida entre os titulares de interesses identificados, nos termos da responsabilidade civil (art. 22º.3). Daí a possibilidade de afirmar-se que a nova lei portuguesa reconhece a existência de interesses indivisíveis, ou divisíveis quanto a seu objeto.

O legislador brasileiro fez melhor, ao reconhecer a existência e classificar explicitamente as categorias de interesses coletivos nos incisos do parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, que se aplicam às ações civis públicas, por força do artigo 19 da Lei n.º 347/85.⁴³

9.5. Legitimidade

O sistema de legitimidade para o ajuizamento de ação popular assemelha-se em um ponto ao sistema processual coletivo brasileiro: não houve adoção do critério da representatividade adequada das *class actions* do direito norte-americano, pelo qual há legitimação de qualquer pessoa física ou jurídica para o ajuizamento da ação de classe, devendo existir, entretanto, uma aferição por parte do Juiz acerca da seriedade, credibilidade e disponibilidade do autor (critério *ope judicis*).⁴⁴

Fique bem claro, contudo, que, apesar de o legislador português conferir ampla legitimação a todos os cidadãos portugueses, pessoas coletivas, autarquias locais e – em

⁴³ “Artigo 19. Aplica-se à ação civil pública, prevista nesta Lei, o Código de Processo Civil, aprovado pela Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, naquilo em que não contrarie suas disposições.”

⁴⁴ Sobre o tema, ensina Araújo (2004, Inédito), em seu texto inédito, gentilmente cedido: “Com a observância da representatividade adequada, os membros ausentes estarão exercendo o seu right to be heard e terão o seu day in court, mas através de uma terceira pessoa: o representante do grupo. Conforme bem destaca Antônio Gidi, por intermédio deste requisito, a lei consegue atingir três resultados: (I) minimiza-se o risco de colusão; (II) cria-se um incentivo para a tutela vigorosa do representante e do advogado do grupo; e (III) trazem-se os reais interesses de todos os membros do grupo. A delimitação do conceito de representatividade adequada encerra-se em dois elementos principais: a inexistência de conflitos ou antagonismo dentro do grupo e a vigorosa tutela dos interesses dos membros ausentes. Estes dois elementos devem ser analisados à luz das condutas de dois agentes: o representante do grupo e o advogado do grupo.”

⁴⁵ “Artigo 82. Para os fins do artigo 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

situações excepcionais – o Ministério Público para a propositura da ação popular, não deixou de criar instrumentos de controle ao mau uso desse direito, a saber:

- a) O Ministério Público, percebendo estar o autor praticando atos lesivos em relação aos interesses defendidos em causa, pode substituí-lo, assumindo assim o pólo ativo da relação processual, conforme autoriza o artigo 16º, n. 3 da Lei de Ação Popular; e
- b) o Juiz, fundado em motivações de cada caso concreto, pode restringir, apesar da procedência da demanda, os efeitos da coisa julgada, inclusive limitando seus efeitos às partes que integraram os pólos processuais da demanda.

O legislador brasileiro adotou uma medida objetiva pura (critério *ope legis*) para a constatação da legitimidade nas ações coletivas. No Brasil, só aqueles sujeitos mencionados no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor⁴⁵ e no artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal de 1988 podem propor, respectivamente, a ação civil pública e a ação popular.

9.6. Coisa Julgada

No Brasil, a sentença proferida em ação civil pública faz coisa julgada em duas hipóteses:

- a) Em caso de improcedência do pedido, após instrução probatória suficiente, a sentença coletiva faz coisa julgada *ultra partes* para atingir os titulares do direito supra-individual (difuso ou coletivo), o que impede os legitimados do artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor a propor novamente a mesma ação coletiva; entretanto, ações individuais com intuito de tutelar direitos individuais (homogêneos ou não) continuam podendo ser propostas, não estando vinculadas àquela decisão;
- b) em caso de procedência, a sentença coletiva faz coisa julgada *erga omnes* ou *ultra partes* para tutelar o bem coletivo e tem por efeito obstar que se possa propor outra ação civil coletiva.⁴⁶

Em caso de improcedência do pedido por insuficiência de provas, a sentença que procede da ação civil pública não faz coisa julgada, pois, dada a relevância do bem protegido, assim como pelas dificuldades inerentes à defesa desse bem em juízo, so-

a defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código, dispensada a autorização assemblear.”

⁴⁶ Arruda Alvim (2002, p. 456) resume as hipóteses acima descritas de forma extremamente concisa: “Em síntese, pode-se dizer que a eficácia da ação civil coletiva colima atingir todos os que estejam relacionados com a situação posta em juízo através da ação civil coletiva; ademais, pela grandeza do bem jurídico perseguido, só haverá coisa julgada em duas hipóteses: a) quando da procedência da ação; b) quando restar ‘comprovada’ a inexistência de lesão ao bem jurídico, de que se dizia ter sido lesado; c) se não se houver logrado comprovar a lesão ao bem jurídico, mas se o juiz vislumbrar a possibilidade de que possa existir prova (e, assim, consigne o fato na sua sentença ou dela deflúa esse fundamento inequivocamente), não há coisa julgada, podendo ser proposta a mesma ação acompanhada de nova prova; d) mesmo no caso de improcedência da ação civil coletiva, sem ter sido por insuficiência de provas, só existe óbice à propositura de ação civil coletiva, pois o plano das ações individuais não é atingido pela eficácia dessa improcedência (salvo a hipótese do art. 94 c.c. o art. 103, § 2º, como já se disse).”

⁴⁷ Para exemplificar, podemos citar os artigos 103, incisos I e II do Código de Defesa do Consumidor e o artigo 18 da Lei n.º 4.717/65.

mente se justifica a ocorrência da coisa julgada quando o Magistrado entender que as diligências probatórias necessárias para a devida solução do caso foram realizadas, como prescreve o artigo 103, inciso I, do Código de Defesa do Consumidor.

Em relação à coisa julgada, a Lei de Ação Popular portuguesa misturou critérios oriundos do direito norte-americano com outros presentes no ordenamento brasileiro. Em princípio, tanto para os casos de procedência como para os de improcedência, a sentença decorrente de ação popular produz coisa julgada *erga omnes*, salvo quando a improcedência for devida à insuficiência de provas (art. 19, n.º 1, da LAP). Esse critério, como analisado acima, é característico das demandas coletivas brasileiras⁴⁷, que, por adotarem uma medida objetiva para a legitimidade do autor, precisam contornar o déficit do contraditório criado por tal opção, através da restrição na formação de coisa julgada para casos de insuficiência probatória – evitando assim o risco de colusão entre as partes.

Entretanto, é facultado aos cidadãos portugueses o exercício do direito de auto-exclusão em algumas ações coletivas (arts. 19º, n. 1, e 15º, n. 1, ambos da LAP). Segundo esse critério, os sujeitos que optarem pela auto-exclusão ficam indiferentes aos efeitos da coisa julgada coletiva – esse critério é próprio das *class actions*⁴⁸ do direito norte-americano.

9.7. O Papel do Ministério Público

Como foi visto, em Portugal, o Ministério Público, como regra geral, atua como fiscal da lei, podendo, em situações excepcionais, assumir o pólo ativo da relação processual.

Já no Brasil, a situação é diferente e a regra geral prescreve a legitimação do órgão ministerial para a propositura de ações coletivas, já que a própria Constituição estabelece que 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 indisponíveis (art. 127, CF/88)⁴⁹ – inclusive, estatisticamente, 90% das ações coletivas ajuizadas em nosso país são intentadas pelo Ministério Público.

⁴⁸ Segundo Araújo (2004, Inédito), em seu texto gentilmente cedido “Em sede de processo coletivo, os membros ausentes do grupo podem ser considerados fictamente presentes através de três técnicas: (I) a presença compulsória; (II) o ‘opt in’; e (III) o ‘opt out’”. Na primeira hipótese, os membros ausentes são considerados fictamente presentes no processo, não havendo a possibilidade de se excluírem. Na segunda hipótese, em princípio, os membros ausentes não estão sujeitos aos efeitos da sentença coletiva, salvo se optarem por participar da ação. Na terceira hipótese, em princípio, os membros ausentes estão sujeitos aos efeitos da sentença coletiva, salvo se optarem pela sua exclusão da ação coletiva. No sistema norte-americano, o legislador fez uma opção por um sistema misto: nas ‘class actions’ das subdivisões (b)(1) e (b)(2), adotou-se o regime de presença compulsória, enquanto nas ‘class actions’ das subdivisões (b)(3), a opção foi pelo sistema do ‘opt out’. Assim, nas ‘class actions for damages’, os membros ausentes possuem o direito de se excluírem do grupo, caso assim desejem.”

⁴⁹ Mais especificamente temos o artigo 129, III da Constituição Federal de 1988: “São funções institucionais do Ministério Público: [...] III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

Parece-nos que o panorama em Portugal poderia ser alterado, passando o Ministério Público português a ter postura mais atuante, caso levada a cabo interpretação extensiva do artigo 13º da Lei de Defesa do Consumidor (Lei n.º 24/96), aumentando o espectro da legitimação ativa do Ministério Público luso, consoante célere abordagem já efetuada no presente texto, ao longo do item 8 e seguintes.

9.8. Poderes do Juiz

Tanto na ação popular portuguesa como na ação civil pública, os Juízes são dotados de amplos poderes, entre os quais podemos citar:

- a) A possibilidade de ter iniciativa na colheita de prova, completamente desvinculada da atitude das partes; esse poder-dever está consagrado no artigo 17º da Lei de Ação Popular. No Brasil, essa matéria está prevista no artigo 130 do Código de Processo Civil de 1973;
- b) a possibilidade de o Juiz indeferir liminarmente a petição inicial que demonstrar ser manifestamente improvável a procedência do pedido, nos termos do artigo 13º⁵⁰. No Brasil, não há essa possibilidade;
- c) conforme prescreve o artigo 19º, n. 1 da Lei de Ação Popular, o Juiz, fundamentando-se em motivações próprias do caso concreto, pode restringir a eficácia geral das sentenças provenientes de ação popular; esse poder não é atribuído aos Magistrados brasileiros, ao julgar a ação civil pública;
- d) o artigo 18º da Lei de Ação Popular determina: “Mesmo que determinado recurso não tenha efeito suspensivo, nos termos gerais, pode o julgador, em ação popular, conferir-lhe esse efeito, para evitar dano irreparável ou de difícil reparação”. No Brasil, essa possibilidade está prevista no artigo 14 da Lei n.º 7.347/85.

Sobre os poderes do Juiz durante a condução da ação civil pública, Grinover (2000a, p. 57) traz bom resumo:

Assim, apenas para exemplificar, o juiz pode conceder mandado liminar, ‘inaudita altera parte’ (art. 12, LACP); nas obrigações de fazer ou não fazer, pode julgar ‘extra petita’, aplicando o regime das ‘astreintes’ ainda que o autor não o tenha requerido; e mais, no campo da tutela específica, o juiz pode determinar providências sub-rogatórias, mediante ordens impostas ao devedor ou a terceiros para chegar a um resultado prático

⁵⁰ “Artigo 13º (Regime especial de indeferimento da petição inicial). A petição deve ser indeferida quando o julgador entenda que é manifestamente improvável a procedência do pedido, ouvido o Ministério Público e feitas preliminarmente as averiguações que o julgador tenha por justificadas ou que o autor ou o Ministério Público requeiram”.

⁵¹ Atualmente, quanto à execução das decisões proferidas em ação civil pública, aplica-se o parágrafo 5º do artigo 461 do Código de Defesa do Consumidor, que tem sua redação dada pela Lei n.º 10.444/2002: “Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial”.

equivalente ao adimplemento (art. 11, LACP, ampliado pelo CDC que, em seu art. 84, exemplifica, entre as medidas subrogatórias, mencionando a busca e apreensão, o desfazimento de obra, a remoção de pessoas ou coisas, o impedimento da atividade nociva, além de força policial). Este dispositivo, aliás, foi incluído na reforma parcial do Código de Processo Civil de 1973, aplicando-se hoje a qualquer processo tendente à tutela das obrigações específicas.⁵¹

10. Breve Fechamento

Não resta dúvida que a tutela coletiva no Brasil exerce influência no sistema português, especialmente pelo fato de possuímos, nesse pormenor, certamente um ordenamento mais avançado, fincado em data anterior, que nos permite colher experiências concretas. Exemplo claro do narrado está no julgamento (PORTUGAL, 1997), em que – na ação coletiva movida pela Associação de Consumidores de Portugal – ACOP contra a Portugal Telecom – reconheceu-se a viabilidade da ação popular para tutelar os interesses *individuais homogêneos*.⁵²

No entanto, a tutela coletiva em Portugal possui traços próprios, decorrentes não só do texto das principais legislações vinculadas aos *interesses supra-individuais*, em que aqui destacamos as Leis n.ºs 83/95 (Lei da Ação Popular) e 24/96 (Lei de Defesa do Consumidor), mas em função de sua própria estrutura. Apenas como exemplo, registre-se que, pelo seu papel institucional mais cerrado, o Ministério Público naquela nação detém *legitimidade* muito mais limitada para o manejo ativo das ações coletivas.

⁵² Na verdade, o direito brasileiro acaba tendo uma influência muito maior, não se limitando a Portugal. Contudo, o *leading case* em foco demonstrou isso claramente. Nessa linha, como bem consignou Grinover (2000b, p. 22): “O sistema jurídico brasileiro sobre a tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos tem exercido influência em alguns ordenamentos da América Latina. Argentina e Uruguai introduziram, em suas respectivas legislações, a defesa dos interesses difusos e coletivos, e a nova legislação argentina sobre as relações de consumo é toda moldada no Código Brasileiro. Também na Europa, e notadamente em Portugal, o Código Brasileiro de Defesa do Consumidor está colhendo seus frutos. A lei sobre ação popular portuguesa, que se presta abertamente à defesa dos interesses difusos e coletivos, também abre uma perspectiva sobre a tutela dos direitos individuais homogêneos, colhida pelo Supremo Tribunal de Justiça, que reconheceu sua tutelabilidade. A Associação de Consumidores de Portugal moveu ação popular contra a Portugal Telecom, em defesa dos direitos individuais homogêneos dos usuários dos serviços telefônicos, visando a restituição das tarifas indevidamente cobradas nos meses de outubro a dezembro de 1994. A sentença de primeiro grau e o Tribunal de Relação de Lisboa tinham indeferido liminarmente a petição inicial, este último por confinar o âmbito da ação popular aos interesses difusos e afastando o caso ‘sub judice’ do campo extensivo dos referidos interesses. Mas a Corte Suprema, em setembro de 1997, reportando-se à doutrina e à legislação brasileiras, interpretou o artigo 1º da Lei n.º 83, de 31.8.1995, entendendo-o compreensivo não só dos direitos difusos, mas também dos direitos individuais homogêneos e reconhecendo, em tese, o direito à reparação dos danos dos consumidores, inclusive da referida categoria.” Pela importância desse *leading case*, o julgamento encontra-se citado em vários estudos, destacando-se os textos de Mendes (2002, p. 136-138) e Araújo Filho (2000, p. 42-43).

⁵³ Citamos, como exemplo, relatório do Observatório Permanente da Justiça Portuguesa (órgão vinculado ao Ministério da Justiça de Portugal), que foi concluído em 2001, que traça diversas soluções para o aperfeiçoamento da Justiça portuguesa, após a aferição da ocorrência do direito em abundância e da incapacidade de resposta dos Tribunais Judiciais. Nas soluções, não se cogita em aperfeiçoamento ou mesmo utilização da tutela de massa, fazendo-se uma análise basicamente dentro de um espectro individual. A pesquisa (com as conclusões respectivas) foi transformada em obra (PEDROSO; TRINCÃO; DIAS, 2003).

Portanto, o estudo da tutela coletiva comparativa não pode desprezar esses dois fatos concretos: a) nosso sistema é mais complexo; e b) a implantação da tutela coletiva em Portugal está sendo efetuada com observância às suas realidades.

Talvez esse quadro, em que se verifica certo *atraso* do legislador português, em razão da realidade brasileira, justifique o motivo de a tutela coletiva não ter despertado interesse em escala na doutrina lusa. Com efeito, ao contrário do que ocorre no Brasil, não há em Portugal literatura farta que se debruce nos temas afins. A impressão que ficou, a partir de nossas pesquisas, foi que, naquela nação, a tutela coletiva não recebeu – ainda – a importância que merece, não sendo vista como solução extremamente útil para um Judiciário mais viável e efetivo.⁵³

De todo modo, para nós há grande valia no labor, sendo necessário que a pesquisa comparada continue, de modo que as soluções adotadas (e aprovadas) em outras nações possam permitir novas possibilidades ao sistema.

Ademais, pela massificação de culturas e anseios de uma sociedade cada vez mais global, há uma tendência mundial de uniformização dos procedimentos, que se manifestará não apenas através de adoção de normas comunitárias⁵⁴, mas de adoção de regramentos assemelhados, respeitando-se algumas particularidades de cada Estado. Dessa forma, a aferição do direito estrangeiro, para fins de análise comparada, toma relevo de grande calibre, pois, como bem profetizou Cappelletti (2001, p. 102):

No mundo de hoje, todo o movimento válido de pensamento, toda a concepção que efetivamente reflita as renovadas exigências sociais tende, ainda mais do que pudesse acontecer em outros tempos, a deitar por terra os limites dos países isolados ou nacionais e a assumir um alcance de tendência universal. Em resumo, há profunda e irresistível tendência para a unidade e esta tendência se reflete necessariamente também no mundo do direito e de seus substituídos.

Forçoso, pois, reconhecer a importância do contínuo estudo da tutela coletiva portuguesa, já que, pelas congruências, experiências poderão ser compartilhadas, criando-se uma uniformização saudável naquilo que for viável e possível. A pretensão de ter um sistema coletivo próprio, desprezando as influências e experiências comparadas, importa em adotar uma posição que renega a própria essência da tutela de massa, que é universal, e visa, acima de tudo, à prevalência do Estado Democrático, do prestígio do homem como partícipe de uma sociedade. Por tal passo, ratificamos integralmente as palavras de Couture (2003, p. 237) quando afirmou:

El derecho procesal de la democracia debe eliminar las bases del individualismo y formular todo un sistema que sea la expresión misma de este régimen, que es el de la defensa de

⁵⁴ Situação hoje bem evidente na Europa. No sentido, conferir: Patrício (2001); Rosa (2001).

nuestra propia condición humana. [...] Por dramático que sea, debemos decidir nuestro destino justamente ante la angustia de un mundo que se está derrumbando. El justo equilibrio entre el poder y el hombre seguirá siendo, por siglos, la única fórmula viva del derecho.

11. Bibliografia

ABELHA, Marcelo. *Ação civil pública e meio ambiente*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, Teresa. *Lei de defesa do consumidor anotada*. Lisboa: Instituto do Consumidor, 2001.

ALVIM, Eduardo Arruda. Noção geral sobre o processo das ações coletivas. *Revista CEJ*, Brasília, Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, v. 2, n. 4, p. 33-42, jan./abr. 1998.

ALVIM, José Manuel Arruda. *Mandado de segurança coletivo, direito público e tutela coletiva*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ALVIM, Thereza. *O direito processual de estar em juízo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. (Coleção estudos de direito de processo, v. 34).

_____. *Questões prévias e os limites objetivos da coisa julgada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ARAÚJO, Rodrigo Souza Mendes de. *Ação para a tutela dos interesses individuais homogêneos: a class action for damages brasileira?* 2004. Trabalho apresentado como requisito parcial para aprovação na Disciplina de Direito do Consumidor III, PUC/SP, São Paulo, 2004.

ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. *O processo civil no direito comparado*. Tradução Hiltomar Martins de Oliveira. Belo Horizonte: Cultura Jurídica, 2001.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

COUTURE, Eduardo. *Estudios de derecho procesal civil*. 4. ed. Buenos Aires: Depalma, 2003. v. 1.

TUCCI, José Rogério Cruz e. *Tempo e processo: uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. *Class action e mandado de segurança coletivo: diversificações conceituais*. São Paulo: Saraiva, 1990.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

DUGUIT, León. *Las transformaciones generales del derecho público y privado*. Traducción Adolfo G. Posada y Ramon Jaen y Carlos G. Posada. Buenos Aires: Heliasta, 1975. (Biblioteca Jurídica Heliasta Los Grandes Maestros del Derecho, Primera Serie, 2).

ROSA, Pedro Valls Feu. *Direito comunitário: comunidade sul americana*. Rio de Janeiro: Esplanada, 2001.

FREITAS, José Lebre de. La acción popular en el derecho portugues. In: GIDI, Antônio; MCGREGOR, Eduardo Ferrer. *Procesos colectivos: la tutela de los derechos difusos colectivos e individuales em una perspectiva comparada*. México: Porrúa, 2003.

FREITAS BAZILONI, Nilton Luis. *A coisa julgada nas ações coletivas*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

GIDI, Antônio. *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GIDI, Antônio; MCGREGOR, Eduardo Ferrer. *Procesos colectivos: la tutela de los derechos difusos colectivos e individuales em una perspectiva comparada*. México: Porrúa, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A ação popular portuguesa: uma análise comparativa. In: _____. *A marcha do processo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000a. (Biblioteca jurídica).

_____. Significado social, político e jurídico da tutela dos interesses difusos. In: _____. *A marcha do processo*. Rio do Janeiro: Forense Universitária, 2000b. (Biblioteca jurídica).

GUERRA, Marcelo Lima. *Os direitos fundamentais do credor na execução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Ação civil pública: nova jurisdição trabalhista metaindividual, legitimação do Ministério Público*. São Paulo: LTr, 2001.

MARQUES, Maria Manuel Leitão. (Coord.). *O endividamento dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2000.

MAZZEI, Rodrigo Reis. Comentários ao Código Civil brasileiro. In: ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza. _____. (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2005. v. 1.

_____; NOLASCO, Rita Dias. (Coord.). *Processo civil coletivo*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MAZZILI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. (Temas Atuais de Direito Processual Civil, v. 4).

_____. Problemas e reforma do Poder Judiciário no Brasil. *Revista EMARF* - Escola de Magistratura Regional Federal, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p. 178-195, abr. 2000.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados interesses difusos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 7, n. 28, p. 7-19, out./dez. 1982.

_____. Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 10, n. 39, p. 55-77, jul./set. 1985.

MORELLO, Augusto M. *La tutela de los intereses difusos en el derecho argentino: legitimaciones, medidas cautelares, trámite y efectos del amparo coletivo*. La Plata: Platense, 1999.

PATRÍCIO, José Simões. *Do euro ao Código Civil europeu*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

PIZZOL, Patrícia Miranda. *Liquidação nas ações coletivas*. São Paulo: Lejus, 1998.

PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. *Por caminhos da(s) reforma(s) da justiça*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Relator: Juiz Miranda Gusmão. Lisboa,

23 de setembro de 1997.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº 98A200. Relator: Juiz Garcia Marques. Lisboa, 23 de setembro de 1998.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº 98B1090. Relator: Juiz Ferreira de Almeida. Lisboa, 14 de abril de 1999.

REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes do. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Coimbra: Almedina, 1999.

SILVA, F. Nicolau dos Santos. *Os interesses supra-individuais e a legitimidade processual civil activa*. Lisboa: Quid Juris?, 2002.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *A legitimidade popular na tutela dos interesses difusos*. Lisboa: Lex, 2003.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Interesses individuais homogêneos e seus aspectos polêmicos*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Tutela jurisdicional coletiva*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.