

## OS TRINTA ANOS DA LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA: ALGUNS ASPECTOS POLÊMICOS

THE 30TH. ANNIVERSARY OF THE COLLECTIVE PUBLIC  
ACTION LAW: SOME POLEMICAL ASPECTS

### **José Geraldo Brito Filomeno**

[filomeno@uol.com.br](mailto:filomeno@uol.com.br)

Procurador de Justiça aposentado do Ministério Público do Estado de São Paulo; atualmente advogado, consultor jurídico e professor especialista em Direito do Consumidor. Foi Procurador-Geral de Justiça (2000-2002), o primeiro Promotor de Justiça do país a exercer a Curadoria de Proteção ao Consumidor (1983), instituidor das Promotorias de Justiça do Estado de São Paulo e Coordenador do Centro de Apoio Operacional por 13 anos. Foi, ainda, vice-presidente e relator dos trabalhos da comissão especial que elaborou o anteprojeto do vigente Código de Defesa do Consumidor.

## RESUMO

A Lei nº 7.347/1985, mais conhecida como *lei da ação civil pública*, comemorou em 2015 seus 30 anos. Embora inspirada, em parte, nas *class actions* do direito norte-americano, contém algumas características peculiares. Ela trata dos interesses difusos e coletivos, de modo geral, enquanto que outros direitos individuais, mas tratados coletivamente, foram previstos pelo código de defesa do consumidor de 1990. Em evento realizado na Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, em 14 de agosto de 2015, foram feitas considerações sobre a sanção da mencionada lei em 1985, sua aplicação prática desde então e, sobretudo, questões polêmicas relativas, por exemplo, à concomitância de ações individuais e uma ação coletiva, os efeitos dessa sobre aquelas, o custeio de perícias técnicas e a execução das sentenças coletivas. Este ensaio tratará dessas questões e proporá algumas soluções, principalmente de ordem prática e criativa.

## PALAVRAS-CHAVE

Tutela coletiva. Ações individuais. Efeitos da coisa julgada. Execuções de sentenças coletivas. Comissões especiais de interessados.

## ABSTRACT

Law No. 7.347/1985, mostly known as *civil public action law* commemorates this year (2015) its 30th. anniversary. Although partly inspired in the North American class actions, it contains certain peculiar characteristics. It deals with the diffuse and collective interests, in general, while other individual rights, but collectively dealt with, have been provided by the consumer's defense code, enacted in 1990. In an event taken place in the São Paulo Public Superior School for Prosecuting Attorneys, August 14th. 2015, considerations were made concerning the enactment of the aforesaid law in 1985, its practical implementation since then and, especially, some polemical questions were pointed out such as, for example, the subsistence of individual actions together with a class action, the effects of such on those ones, the cost burden of technical opinions and the carrying out of collective judicial decisions. This present essay, therefore, will deal with such issues and propose some solutions, especially of practical and creative nature.

## KEYWORDS

Collective protection. Individual actions. The *res iudicata* effects. The collective judicial decisions carrying out. Special claimants' trusts.

## SUMÁRIO

Introdução. 1. Breve histórico da tutela do Consumidor. 1.1 Enfrentamento empírico das questões suscitadas. 1.2 A tutela difusa pela Lei nº 7.347/1985. 1.3 Alguns casos concretos tratados à luz da Lei nº 7.347/1985. 2. Interesses e direitos coletivos propriamente ditos. 3. Interesses e direitos individuais homogêneos. 3.1 O caso da explosão em *shopping center*. 3.1.1 Concomitância de ações

individuais. 3.1.2 Suspensão do prazo prescricional. 3.1.3 Mandado de segurança coletivo. 3.1.4 Política judiciária em face de milhares de feitos individuais em confronto com feitos coletivos. 3.2 O acidente com o *Fokker 100* da TAM. 4. Custeio de perícias. 5. Catálogo de inquéritos civis e ações civis públicas. 6. Execuções das sentenças em feitos que tratam de interesses e direitos individuais homogêneos. 6.1 Dispositivos do código de defesa do consumidor. 6.2 Casos do direito comparado. 6.3 Caso *Dalkon Shield*. 6.3.1 Sumário dos fatos. 6.3.2 Universo dos interessados. 6.3.3 *Dalkon Shield Claimants Trust*. 6.3.4 Considerações dos membros da comissão. 6.3.5 Falência precipitada. 6.3.6 Impossibilidade de indenizações milionárias. 6.3.7 Formas de identificação das vítimas. 6.3.8 Prazo final – *dead line*. 6.3.9 Tipos de indenizações. 6.3.10 Conclusões do artigo sumariado e traduzido. 6.4 A jurisprudência brasileira. 6.4.1 Aumentos abusivos de tarifas de ônibus. 6.4.2 Produto com quantidade inferior à informada nos rótulos – massas. 6.4.3 Leite líquido em quantidade menor em embalagens plásticas. 6.4.4 Sonegação de medicamentos. Conclusões. Referências.

## INTRODUÇÃO

Estas considerações, em forma despretensiosa de ensaio sem conclusões definitivas nem peremptórias, foram feitas após termos participado de evento alusivo aos 30 anos da Lei da Ação Civil Pública – Lei nº 7.347, de 24-7-1985, organizado pelo CEAF/ESMP – Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – Escola Superior do Ministério Público do Estado de S. Paulo, no dia 14 de agosto de 2015. Coordenado pelo ilustre Dr. Édis Milaré, que exerceu as funções de Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente e de Secretário Estadual do Meio Ambiente, referido simpósio também contou com o lançamento da obra coletiva *Ação Civil Pública após 30 Anos*, pela Thomson Reuters, Editora Revista dos Tribunais, por ele coordenada, com a qual honrosamente também colaboramos.

Os eminentes professores Ada Pellegrini Grinover, Kazuo Watanabe, Paulo Salvador Frontini e Néelson Nery Jr., além do ex-Governador e membro do Ministério Público aposentado, Luiz Antônio Fleury Filho, fizeram preciosas considerações sobre a elaboração do anteprojeto e substitutivo que deram origem à referida lei, enquanto que o ilustre Procurador-Geral de Justiça, Márcio Fernando Elias Rosa e nós, falamos da aplicação prática da mesma lei.

No nosso depoimento, em particular, fizemos um breve apanhado histórico do quão dificultoso era a almejada tutela coletiva do consumidor, mais especificamente, já que a Lei da Ação Civil pública serve também para a proteção de outros interesses e direitos difusos.

Com especial atenção, outrossim, ouvimos a manifestação do eminente Promotor de Justiça Chefe de Gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça e professor de Direito Processual Civil, Ricardo de Barros Leonel que, falando sobre as perspectivas da aplicação da referida lei, levantou quatro questões a seu ver polêmicas, ou antes

até, insolúveis, por falta de uma regulação mais precisa. E isto no que tange, sobretudo, aos chamados *interesses e direitos individuais homogêneos de origem comum*.

Ou seja: a) a interrupção ou suspensão da prescrição no que toca aos pleitos individualmente promovidos pelos interessados, em paralelo a uma ação coletiva, e a forma de científicá-los a respeito desta; b) a execução das sentenças condenatórias nos pleitos coletivos; c) o custeio dos honorários de peritos, quando necessário a prova técnica; d) a litispendência entre ações coletivas propostas por vários legitimados concorrentes.

## 1. BREVE HISTÓRICO DA TUTELA DO CONSUMIDOR

Antes de tentarmos responder àquelas indagações, sempre tendo por base nossa experiência prática de mais de trinta anos na tutela dos interesses e direitos dos consumidores, de forma modesta e sem alçar voos condoreiros na doutrina, seja-nos permitido traçar um breve retrospecto histórico desse mister.

### 1.1. Enfrentamento Empírico das Questões Suscitadas

Quando iniciamos nossas atividades no PROCON Estadual de São Paulo, em junho de 1983, o que ali encontramos como recursos humanos foi um grupo de abnegados servidores públicos requisitados dos mais diversos setores (Secretarias da Saúde, da Agricultura, da Justiça, da Economia e Planejamento, da Educação, da Junta Comercial e outros). Grupo esse que, inspirado pelo nobre propósito de defender e proteger o consumidor, se digladiava com grandes dificuldades, principalmente diante da falta de uma normatização precípua para esse mister, além da escassez de recursos financeiros. E isto desde o ano de 1976, quando esse grupo foi instituído pelo governo do Estado, mediante simples decreto e, posteriormente, em 1978, institucionalizado mediante lei expressa. Hoje, por força da Lei Estadual (SP) nº 9.192/1994, finalmente, o PROCON pode ostentar e se firmar como um dos órgãos mais importantes da defesa e proteção do consumidor, como fundação de direito público<sup>1</sup>.

Ou seja, nos tempos primitivos da tutela consumerista era necessário sempre lançar mão de um emaranhado de normas díspares, e por vezes até contraditórias e conflituosas entre si<sup>2</sup> e, levado pelo bom senso e espírito de cidadania, no afã de

---

1 Inicialmente, o PROCON-SP era um mero apêndice da Secretaria de Economia e Planejamento do Estado de São Paulo, até 1991, quando passou a ser um departamento, assim como o IPEM – Instituto de Pesos e Medidas do Estado, da hoje extinta Secretaria Estadual de Defesa do Consumidor.

2 Apenas para se ter uma ideia, em 1984, o Prof. Luiz Otávio Amaral, da Universidade de Brasília, e que foi Secretário-Geral do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor, lançou pela Fundação Senador “Petrônio Portella”, nada menos que quatro volumes só de legislação que cuidavam ainda que de forma indireta da tutela do consumidor, com mais de mil e duzentas páginas cada um, com centenas de diplomas legais.

solucionar as reclamações levadas pelos consumidores de modo geral, chegar a um bom termo, na medida do possível.

Na qualidade de membro do Ministério Público designado para ali prestar serviços, sem prejuízo de nossas funções de então 2º Promotor de Justiça Distrital do Ipiranga na Capital do Estado, procuramos aplicar o mesmo tipo de trabalho desempenhado no atendimento ao público. Ou seja, num primeiro momento empreender a mediação em conflitos originados das relações de consumo numa espécie de *segunda instância* do próprio PROCON com vistas à sua resolução, quando este não o havia conseguido. E numa segunda atividade requisitar a instauração de inquéritos policiais junto ao DECON – Departamento Estadual de Polícia do Consumidor, quando nos deparávamos com a comissão, em tese, de delitos contra o patrimônio (fraudes no comércio, estelionatos, apropriações indébitas), contra a pessoa (lesões corporais e homicídios culposos decorrentes de omissões ou atos imperitos, sobretudo), contra a saúde pública (falsificação de produtos alimentícios e medicinais, venda de produtos avariados, infringência a normas sanitárias preventivas, etc.), delitos contra a economia pública e outros. Ou seja, e em última análise: a persecução de crimes que, ainda que não tivessem como objetividade jurídica específica as relações de consumo, afetavam o consumidor, individualmente considerado, ou as relações de consumo de modo geral.

A angústia, entretanto, logo nos assaltou, de vez que, muito embora o meio ambiente natural já fosse tutelado pela *lei nacional de política ambiental* (i.e., Lei nº 6.938, de 1981), ainda que apenas a ele relativo, e com exclusividade de legitimidade conferida ao Ministério Público, no que dizia respeito aos direitos difusos e coletivos do consumidor estávamos de mãos atadas com vistas à sua proteção, à falta de um instrumento adequado de cunho processual.

Louve-se nesse tempo, todavia, mas ainda no âmbito individual da proteção e defesa do consumidor, o advento da primeira *lei do juizado especial cível* (Lei nº 7.244, de 1984) que conferiu ao órgão ministerial a prerrogativa de *referendar* os acordos individuais em quaisquer conflitos relativos a direitos materiais e disponíveis, mediante instrumentos que passaram a ter força de título executivo extrajudicial. Força essa repetida pela vigente Lei nº 9.099, de 1995.

Assim, por exemplo, quando nos deparamos com conflitos surgidos da importação de uma grande partida de carne bovina do Uruguai, em 1984, com destino ao porto de Santos, cujo maior parte se havia estragado em decorrência de defeito apresentado no termostato de um contêiner frigorífico, a solução foi o encaminhamento, por nossa iniciativa, de uma mensagem via *telex* diretamente ao então Ministro da Agricultura e Reforma Agrária, que se sensibilizou e autorizou que os fiscais estaduais entrassem no porto juntamente com o Promotor de Justiça do Consumidor local então designado. E, como resultado, a parcela da carne estragada foi inutilizada e a saudável foi liberada após o devido exame sanitário. E se não tivesse havido essa solução de cunho administrativo? De que outra forma se teria podido tutelar a saúde difusa dos potenciais consumidores desse produto?

Naquela mesma época outro problema que nos foi levado pela diretoria do PROCON: dois medicamentos utilizados para o tratamento de artrite e reumatismo (respectivamente, *aminofenazona* e *fenilbutazona*) conforme artigos publicados em jornais, tinham um fator risco (chamados de *efeitos colaterais* nas bulas) muito maior do que o fator benefício. Mais uma vez, à falta de um *remédio* processual *adequado* – o trocadilho é inevitável –, socorremo-nos mais uma vez à diligência administrativa, consistente no encaminhamento de uma outra mensagem via *telex*, desta feita ao então Ministro da Saúde. Este, igualmente preocupado, logo designou uma comissão especial junto à então DIMED – Divisão de Medicamentos (incorporada pela ANVISA), logo determinou que um deles tivesse o registro cassado, eis que, efetivamente, apresentava alto e perigoso fator risco. E, quanto ao outro, permaneceria no mercado, mas mediante cuidadoso acompanhamento médico quando da sua ministração.

## 1.2. A Tutela Difusa pela Lei nº 7.347/1985

Quanto aos chamados *direitos* ou *interesses difusos*, a superveniência da *lei da ação civil pública* – Lei nº 7.347, de 24-7-1985 –, foi o grande marco que acabou finalmente por nos conferir a legitimidade e os contornos dos procedimentais de que necessitávamos.

Não trataremos aqui de esmiuçar o conteúdo da Lei nº 7.347/1985, mas tão somente de pinçar seus mais inovadores preceitos à época e sua utilização prática, sobretudo, na qualidade de membro do Ministério Público na área da tutela do consumidor.

Quatro anos antes, aliás, conforme já assinalamos noutro passo, o *meio ambiente natural* já havia sido contemplado com relevante instrumento, qual seja, a chamada *lei da política nacional ambiental* (Lei nº 6.938/1981), já prevendo uma revolucionária tutela mediante a *responsabilização civil objetiva* dos poluidores (cf. o seu art. 14).

Essa lei, todavia, trazia duas restrições: a) somente tutelava o referido meio ambiente natural, e não o cultural, por exemplo, nem outros valores caros à coletividade; e b) somente conferia ao Ministério Público a legitimidade para a propositura da ação civil pública para a proteção ambiental.

Com o advento da *lei da ação civil pública*, portanto, advieram grandes novidades, das quais destacamos as seguintes: a) a ampliação do espectro dos interesses e direitos tutelados, ou seja, além do meio ambiente natural já contemplado pela Lei nº 6.938/1981, também passaram a sê-lo o *consumidor*, *os bens* e *direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico*, com aposição de veto, contudo, ao então inciso IV do seu art. 1º, que contemplava *qualquer outro interesse difuso ou coletivo*<sup>3</sup>, anos mais tarde recomposto; b) conferição de legitimação

---

3 Referido inciso foi reintroduzido por força da Lei nº 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor). E os incisos V e VI que cuidam, respectivamente, da ordem econômica/economia popular e da ordem urbanística, foram introduzidos pela Medida Provisória nº 2.180-5, de 2001).

concorrente com o Ministério Público para a propositura da ação coletiva, segundo alguns, ou ação civil pública, segundo outros, à União, Estados, Municípios, Distrito Federal, autarquias, empresas públicas, fundações ou sociedades de economia mista, associações que zelam também pelos referidos direitos e interesses e, mais recentemente, a Defensoria Pública<sup>4</sup>; c) instituiu o inquérito civil, sob a presidência do órgão competente do Ministério Público, instrumento esse inspirado em célebre reunião de grupo de estudos do Ministério Público paulista, em Ourinhos, em setembro de 1980, ocasião e que éramos seu coordenador-geral, e por meio de brilhante palestra do então Promotor de Justiça de Bauru, José Fernando da Silva Lopes; d) estabeleceu a possibilidade de deferimento de tutela antecipada desde logo com vistas a impedir potenciais danos aos mesmos valores tutelados; e) previu a possibilidade, além de condenação em obrigações de fazer e não fazer, sob pena do pagamento de multas constritivas (as *astreintes* do direito francês), do pagamento de indenizações monetárias.

De nossa parte, confessamos que respiramos aliviados, dado que, dali em diante, passamos a ter à nossa disposição um instrumento apropriado com vistas à tutela do consumidor, especificamente, embora ainda apenas no âmbito difuso.

É isto exatamente em razão do veto apostado ao mencionado inciso IV do art. 1º da Lei nº 7.457/1985 (*i.e.*, qualquer outro interesse difuso ou *coletivo*).

Essa matéria foi na verdade reparada com o advento da Constituição de 1988 ao prever, no inciso III de seu art. 129, a função institucional do Ministério Público de *promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*.

A tutela dos *interesses e direitos individuais homogêneos de origem comum*, a seu turno, ficou por conta do Código de Defesa do Consumidor, mais especificamente no inciso III do parágrafo único de seu art. 82, que nos dois outros incisos também contemplou e até definiu os *interesses difusos* ao lado dos *coletivos*, *stricto sensu*<sup>5</sup>. E a eles reservamos uma análise mais específica passos adiante.

### 1.3. Alguns casos concretos tratados à luz da Lei nº 7.347/1985

Já na qualidade, então, em agosto de 1985, de Coordenador das Promotorias de Justiça do Consumidor do Estado de São Paulo, e com funções executivas, come-

4 Inciso II do art. 5º, introduzido pela Lei nº 11.448, de 2007.

5 Art. 81 – A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único – A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código os transindividuais, de natureza indivisível de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

çamos a analisar os expedientes que nos chegavam provindos das mais diversas fontes, sobretudo, do PROCON de São Paulo, com o qual continuamos a manter estreitos laços de cooperação recíproca.

E aqui vão alguns exemplos:

- a) Instauração de inquérito civil com subsequente promoção de arquivamento, *ad referendum* do Conselho Superior do Ministério Público, que investigava denúncia de que uma vinícola utilizava expressões em suas garrafas, reservadas apenas a alguns tipos de vinhos, conforme sofisticada legislação a respeito do assunto; a empresa investigada, no caso, aceitou nossa sugestão de suprimir os dizeres reputados, na hipótese, ilegais;
- b) Instauramos dezenas de inquéritos civis decorrentes de representação do IPEM – Instituto de Pesos e Medidas dando conta de que havia adulteração de álcool fabricado por diversas empresas do Estado de São Paulo, dos quais resultaram algumas ações de termos de acordo com vistas à regularização, sob pena de multa, sem prejuízo da persecução penal;
- c) Outros tantos inquéritos civis foram instaurados no sentido de se aferir a qualidade de tubos de PVC empregados em encanamentos em casas populares, de que também resultaram ações civis públicas com preceito cominatório de obrigação e fazer (trocar o material de má qualidade), também sob pena de multas;
- d) Também em matéria da qualidade de fios e cabos elétricos que comprometiam a segurança de consumidores e terceiros por risco de incêndio, algumas denúncias foram feitas, de que resultaram inquéritos civis e ações civis públicas;
- e) Quanto à qualidade de café que, segundo antiga norma do extinto IBC – Instituto Brasileiro do Café, mas ainda em pleno vigor, não poderia conter acima de 1% de sujidades decorrentes do processo natural de colheita e torrefação, igualmente deram ensejo à instauração e dezenas de inquéritos civis, provocados por denúncia da ABIC – Associação Brasileira da Indústria de Torrefação e Moagem de Cafés;
- f) As administradoras de cartões de crédito mantinham prática abusiva consistente em obrigar os seus detentores a assinarem documentos que, em última análise, conferiam aos primeiros um *mandato* no sentido de virem a contrair empréstimos ao seu alvedrio, para a quitação do crédito rotativo; graças à intervenção do Ministério Público, e ao cabo de algumas ações civis públicas, o STJ emitiu a Súmula nº 60 que proscreeu a chamada *cláusula mandato*;
- g) Uma indústria de massas e um laticínio foram processados porque vendiam seus produtos com conteúdo abaixo do enunciado nas embalagens, o que lhes valeu a imposição de uma razoável indenização que acabou revertendo ao Fundo de Reparação dos Interesses Difusos.

Os exemplos anteriormente ao código de defesa do consumidor, aliás, chegaram a mais de quatro centenas, mas gostaríamos de focar um, em particular, que não apenas teve enorme repercussão, como também serviu de inspiração para uma das novidades inseridas na Lei da Ação Civil Pública por intermédio do Código de Defesa do Consumidor<sup>6</sup>. Se não, vejamos.

Em outubro de 1986, os jornais e outros meios de comunicação deram conta de que o Brasil, em pleno *plano cruzado*, e com carência de diversos produtos no mercado, sobretudo leite e carne, importou toneladas dos primeiros da Europa, logo após o tristemente famoso acidente nuclear de Chernobyl na Ucrânia. Acidente esse de grandes proporções no que diz respeito a danos ambientais, eis que as nuvens radioativas contaminaram grande parte das pastagens, forragens e plantações daquele continente, o que acarretou exatamente o comprometimento das partidas de lei em pó a serem importadas pelo Brasil.

A primeira grande dificuldade que encontramos foi que, em se tratando de importação feita pela própria União Federal e seus órgãos competentes, auxiliados em logística por algumas empresas privadas, qualquer medida deveria ser adotada perante o Juízo Federal competente.

Contatamos, então, o Procurador da República Chefe na Capital de São Paulo que se mostrou sensível ao problema – laudos preliminares fornecidos por médicos especializados, cientistas e físicos nucleares davam conta dos iminentes riscos de consumo desse leite, principalmente para mulheres grávidas que poderiam abortar, além do chamado *efeito estocástico* ou acumulativo de radioatividade no organismo, podendo representar sério potencial de graves doenças futuras. Disse-nos ele, todavia que, primeiramente, o Ministério Público da União, à época, tinha poucos integrantes, que ainda podiam exercer a advocacia privada e, além do mais, desempenhavam as funções de advogados da União, carreira ainda sequer cogitada.

A solução foi a designação de uma Procuradora da República para juntar esforços aos nossos, do Ministério Público Estadual e, em face dessa participação, entendemos por bem instaurar o competente inquérito civil, muito bem instruído por elementos técnicos fornecidos por renomados cientistas e economistas, e propor a subsequente ação civil pública perante o Juízo da 4ª Vara Cível Federal em São Paulo. Felizmente foi obtida uma liminar proibindo a comercialização daquele produto e, ao final, a ação acabou sendo julgada procedente. Estava inventado, outrossim, de fato, em decorrência dessa somatória de esforços, o *litisconsórcio facultativo* entre os diversos Ministérios Públicos, que entendemos por bem colocar no então anteprojeto de Código de Defesa do Consumidor, e dali trasladado para a Lei nº 7.347/1985<sup>7</sup>.

6 Para maiores detalhes, confira-se o nosso *Manual de Direito do Consumidor*: São Paulo, Atlas, 13. edição, capítulos 6 a 8.

7 Cf. nosso *Manual de Direitos do Consumidor*, op. cit., p. 524 a 549.

## 2. INTERESSES E DIREITOS COLETIVOS PROPRIAMENTE DITOS

Em face do já mencionado veto aposto ao inciso IV do art. 1º da Lei nº 7.347/1985, que fala de *quaisquer outros direitos e interesses difusos e coletivos*, dispositivo esse restaurado por força do *Código de Defesa do Consumidor*, em seu artigo 110, e antes pela própria Constituição Federal (cf. inc. III do seu art. 129), fazia falta dispositivo que igualmente contemplasse os *direitos e interesses coletivos propriamente ditos*.

Ou seja, interesses ou direitos metaindividuais e indivisíveis, assim como os difusos, mas destes distintos na medida em que pertencem a um número definido de titulares, reunidos em grupos ou classes, vinculados entre si e/ou a um determinado fornecedor de produtos e serviços, por força de uma relação jurídica-base. E são coletivos indivisivelmente, na medida em que se algo for feito em prol de sua tutela, todo o grupo ou classe será igualmente beneficiada (na mesma medida e extensão, uniformemente); e, em caso contrário, todos serão prejudicados.

Vêm-nos à mente alguns exemplos tratados pelos Promotores de Justiça do Consumidor ao longo do tempo, no que diz respeito a cláusulas contratuais abusivas em planos de saúde e cartões de crédito. No primeiro caso, determinando que a permanência do doente da UTI seja apenas por um determinado tempo, pouco importando a sua gravidade. E, no segundo caso, a já mencionada cláusula-mandato.

Ora, quem tem de dizer por quanto o doente-cliente do plano de saúde indigitado deve permanecer na UTI, é o médico-atendente, e não ele, plano de saúde, mais preocupado com cálculos atuariais, margens de risco, etc.

Desta forma, se uma universalidade considerável de consumidores-aderentes desse plano de saúde cujo contrato contenha essa cláusula manifestamente abusiva, constitui-se ela num *grupo* ou *classe* de pessoas que compartilham entre si o interesse de que essa cláusula seja declarada nula de pleno direito, à luz do estatuído pelo art. 51 do Código de Defesa do Consumidor que, como se sabe, traz um rol de circunstâncias, de forma exemplificativa e não taxativa, que assim podem ser consideradas.

A sentença declaratória de nulidade, por certo, fará coisa julgada *ultra partes*, ou seja, afetando todos quantos se tenham vinculado contratualmente ao réu-plano de saúde, mediante contrato de adesão maculado pela cláusula abusiva.

Isso em apertada síntese, já que não é esse, especificamente, o objeto de nosso ensaio. Se não, vejamos.

## 3. INTERESSES E DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS

As coisas certamente se complicam, quando se depara com os chamados *interesses ou direitos individuais homogêneos*, até porque, ao contrário dos outros dois interesses difusos e coletivos, *não são definidos pela lei*.

Trata-se, em última análise, de uma classe de interesses e direitos que fica numa situação intermediária entre *interesses e direitos* manifestamente individuais e *individualizáveis* de um lado, e *direitos coletivos*, *lato sensu*, de outro.

Sua instituição entre nós, no Código de Defesa do Consumidor, foi inspirada nas *class actions* do direito norte-americano. Como este, em última análise, trata-se de uma junção de interesses ou direitos manifestamente individuais afetados por *uma única causa* ou *fenômeno comum*, mas de maneiras diversas. E, muito embora possam ser cuidados individualmente pelos interessados, a lei faculta que isto se faça *de forma coletiva*. Ou seja, conferindo-se a alguém considerado pelo juiz competente como *adequate representative* das pessoas lesadas – como no caso da *class action* norte-americana –, ou a um ente com ou sem personalidade jurídica, – no caso da *ação coletiva* ou *ação civil pública*, no caso brasileiro –, hipótese essa também contemplada no direito alienígena citado.

Os exemplos mais significativos de que participamos, ainda que de forma indireta, na qualidade de Coordenador das Promotorias de Justiça do Consumidor do Estado de São Paulo, foram os lamentáveis e tristes acidentes ocorridos em 1996 no *Osasco Plaza Shopping* e a queda de uma aeronave da TAM (*Fokker 100*), após decolagem do aeroporto de Congonhas, na Capital do Estado.

### 3.1 O caso da exploração em *shopping center*

No primeiro caso, deu-se violenta explosão de gás em suspensão vazado no subsolo do centro de compras referido, em decorrência do mal ajuste do encanamento daquele combustível. Uma centelha teria sido a causa imediata do acidente que ceifou nada menos que 42 vidas, causou centenas de ferimentos, de gravidade variada em outras pessoas, danos materiais nos estabelecimentos comerciais ali instalados, veículos estacionados, etc.

Instaurado o competente inquérito civil e ajuizada a ação civil pública, foi ela a final julgada procedente, confirmada a decisão em segundo grau, bem como no Superior Tribunal de Justiça, onde se questionaram, basicamente, a inversão do ônus da prova, no que tange à sua oportunidade, bem como a desconsideração da personalidade jurídica das empresas proprietária e administradora do *shopping*, vencidas pelo Ministério Público<sup>8</sup>.

Louve-se neste passo, porque de justiça, as proficientes gestões imprimidas à questão pela então Promotora de Justiça do Consumidor, de Osasco, a Dra. Ana Lúcia Cardoso da Silva de Arrochela Lobo, premiada, aliás, em 1996, com o primeiro lugar no certame *Melhor Arrazoado Forense*<sup>9</sup> pela brilhante peça inicial da ação civil pública e seu acompanhamento.

8 Para maiores detalhes, inclusive, sobre a inicial e decisões, confira-se nosso *Manual de Direitos do Consumidor*. 13. ed.. São Paulo: Ed. Atlas 2015, p. 589 e ss.

9 *Melhor Arrazoado Forense*, Trabalhos Premiados no ano de 1996, Edições APMP, 1999, São Paulo, p. 11-58.

### 3.1.1. Concomitância de ações individuais

Enquanto tramitava o inquérito civil relativo àquele fato, a Promotoria de Justiça do Consumidor de Osasco teve conhecimento, mediante metucioso levantamento feito junto a familiares das vítimas fatais, fichas de atendimento hospitalar, laudos da polícia técnica e outros dados requisitos junto ao Corpo de Bombeiros e ao distribuidor de feitos judiciais daquela Comarca, de que algumas vítimas ou seus representantes já haviam ajuizado ações de indenização individuais (cerca de 20).

Resta evidente que a *notificação ficta* prevista pelo art. 94 do Código de Defesa do Consumidor pouco efeito teria no caso, ainda que as vítimas tivessem sido, num primeiro momento, *indeterminadas*, mas perfeitamente *determináveis* (i.e., 42 fatais, e quase outras 400 de danos físicos e materiais).

Imagine-se, por outro lado, casos em que as *vítimas* ou *interessados* são contados aos milhares ou aos milhões, como, por exemplo, no caso das correções e juros não corretamente creditados durante os chamados *planos econômicos* desde 1986 às cadernetas de poupança? Ou o *overshooting* (sobrevalorização ou disparada) inesperado do dólar referencial para contratos de *leasing* (arrendamento mercantil), no início de 1999?

Aí, então, surge a questão prática arguida pelo nobre Dr. Barros Leonel: como é que se procedeu nesses casos? Teria havido suspensão ou interrupção da prescrição, sobretudo, em face de uma eventual improcedência da ação coletiva por falta ou insuficiência de provas?

Resposta: primeiramente, houve certamente a publicação do edital a que alude o art. 94 do Código de Defesa do Consumidor<sup>10</sup>.

Entretanto, o que realmente teve efeito foi a diligência adotada pela dinâmica Promotoria de Justiça do Consumidor de Osasco.

E, na prática, dos 20 e poucos litigantes individuais, apenas 5 seguiram adiante com os feitos respectivos, preferindo os demais se habilitar como litisconsorte na ação coletiva em colaboração com o Ministério Público.

No caso, entretanto, e ainda à guisa de exemplificação, do Resp. nº 1.353.801-RS, tendo como relator o ministro Mauro Campbell Marques (julgado de 14-8-2013), o Superior Tribunal de Justiça entendeu por bem *suspender o andamento das milhares de ações individuais*, por razões de política judiciária, que versam sobre o prejuízo experimentado pela sobrevalorização do dólar nos contratos de *leasing*. Até porque isto já estava gerando um verdadeiro caos, o que, todavia, não quer dizer que isto tenha sido uma sinalização de que as ações individuais sejam inviáveis. No fundo, o que se pretende é um julgamento uniforme em ação coletiva que apenas beneficiará todos os que haviam ingressado com pleitos individuais, *se julgada procedente*. Caso contrário, voltarão a correr as ações individuais.

---

10 Art. 94 – Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsorte, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.

### 3.1.2 Suspensão do prazo prescricional

Creemos que a questão da suspensão do curso da prescrição relativamente às ações individuais interrompidas voluntariamente em decorrência de um feito coletivo, é ditada não apenas pela lei, como também pela dedução lógica. Se não, vejamos.

Dispõe o art. 199 do Código Civil, mais particularmente em seu inciso I, que *não corre igualmente a prescrição*, entre outras causas previstas nos dispositivos antecedentes, *pendendo condição suspensiva*.

Ora, conforme preceituam os artigos 103 e 104 do Código de Defesa do Consumidor, a seu turno:

*Art. 103 – Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada:*

*I – erga omnes, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova, na hipótese do inciso I do parágrafo único do art. 81;*

*II – ultra partes, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas nos termos do inciso anterior, quando se tratar da hipótese prevista no inciso II do parágrafo único do art. 81;*

*III – erga omnes, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81.*

*§ 1º - Os efeitos da coisa julgada previstos nos incisos I e II não prejudicarão interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade, do grupo, categoria ou classe.*

*§ 2º - Na hipótese prevista no inciso III, em caso de improcedência do pedido, os interessados que não tiverem intervindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.*

*§ 3º - Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinado com o art. 13 da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, não prejudicarão as ações de indenização por danos pessoalmente sofridos, propostas individualmente ou na forma prevista neste código, mas, se procedente o pedido, beneficiarão as vítimas e seus sucessores, que poderão proceder à liquidação e à execução, nos termos dos arts. 96 a 99*

*§ 4º - Aplica-se o disposto no parágrafo anterior à sentença penal condenatória.*

*Art. 104 - As ações coletivas, previstas nos incisos I e II e do parágrafo único do art. 81, não induzem litispendência para as ações individuais, mas – destacamos – os efeitos da coisa julgada erga omnes ou ultra partes a que aludem os incisos II e III do artigo anterior não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva.*

Se assim é, ou seja, pressupondo-se que os efeitos da coisa julgada na ação coletiva, designadamente no que respeita aos *interesses ou direitos individuais homogêneos* será sempre *secundum eventum litis*, resta evidente que, ao tomarem

conhecimento da ação coletiva, os litigantes individuais que a ela aderirem, circunstância essa que *ipso facto* suspenderá o andamento dos pleitos individuais poderão retomá-los, caso haja a improcedência do mesmo feito coletivo, sem prejuízo da ocorrência de prescrição.

E isto porque, como nos parece curial e lógico, o andamento e subsequente resultado da ação coletiva revestem-se de condição suspensiva da prescrição dos pleitos individuais. Caso contrário, por que razão a lei excepcional para dizer que o resultado será sempre *secundum eventum litis* para beneficiar, no sentido coletivo – *efeito erga omnes* – se procedente a ação, mas não se for para prejudicar ditos interesses ou direitos individuais homogêneos?

### 3.1.3. Mandado de segurança coletivo

Aliás, no que diz respeito ao mandado de segurança coletivo, disciplinado pela Lei nº 12.016, de 2009, igualmente assegura os interesses e direitos individuais tutelados mediante ações individuais no caso de concomitância com a tutela coletiva, da seguinte forma:

Art. 21 – O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, um ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, a autorização especial.

Parágrafo único – Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I – coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II – individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

Art. 22 – No mandado de segurança coletivo, a sentença fará coisa julgada limitadamente aos membros do grupo ou categoria substituídos pelo impetrante.

§ 1º - O mandado de segurança coletivo não induz litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada não beneficiarão o impetrante a título individual se não requerer a desistência de seu mandado de segurança no prazo de 30 (trinta) dias a contar da ciência comprovada da impetração da segurança coletiva.

Observe-se que, ao contrário do que consta dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, que deixam clara a possibilidade de que os efeitos da coisa julgada na ação coletiva atinjam indiscriminadamente todos aqueles que se achem

vinculados ao evento homogêneo que lhes causou danos, apenas no caso de procedência do pedido na ação coletiva, caso a esta adiram, pedindo a sustação de feitos individuais, no mandado de segurança coletivo essa adesão deve se dar por meio de desistência dos mandados de segurança individuais.

Desta forma, parece-nos que no caso das relações de consumo e outros interesses abrangidos pela Lei nº 7.347, de 1985, e que tenham a configuração de homogeneidade no que tange à origem de danos aos mesmos, a adesão ao feito coletivo de forma alguma implica a desistência de pleitos individuais.

Caso contrário, não haveria razão para que o resultado *erga omnes* fosse apenas *secundum eventum litis*. Ou seja, no sentido de que, se benéfico o resultado dali advindo, haverá benefício a todos, inclusive, aos que hajam pedido a suspensão dos feitos individuais. Se negativo o resultado, os interessados poderão ainda promover aqueles mesmos feitos individuais, suspensos e, conseqüentemente, a prescrição, exatamente em razão de condição suspensiva. A saber: o resultado final da ação coletiva. Este, a nosso ver, o termo final da mencionada *condição suspensiva*.

### **3.1.4. Política judiciária em face de milhares de feitos individuais em confronto com feitos coletivos**

O Superior Tribunal de Justiça, no Resp. nº 1.353.801-RS, como visto, tendo como relator o Ministro Mauro Campabell Marques decidiu pela suspensão de milhares de feitos individuais que tramitavam paralelamente a uma ação coletiva, conforme já mencionamos em item anterior.

E, realmente, ao julgar o referido recurso especial, o STJ acabou por prestigiar o instituto das ações coletivas e, ao mesmo tempo, adotar medida de manifesta economia processual. Se, por um lado, a medida é benéfica, não apenas como expressão de política judiciária, por motivos evidentes, evitando-se decisões contraditórias entre si, por outro acaba por impor aos litigantes individuais a vinculação ao feito coletivo, que poderá durar anos a fio.

Mas, por essa exata razão é que a suspensão desses feitos individuais deve obstar o curso da prescrição, por razões também evidentes.

### **3.2. O acidente com o Fokker 100 da TAM**

Na mesma época em que se deu o acidente no *Shopping Center* em Osasco, uma aeronave da TAM caiu logo após a decolagem do Aeroporto de Congonhas, sobre algumas casas no Bairro do Jabaquara, em São Paulo, matando todos os seus ocupantes (99 pessoas entre passageiros e tripulação), outras três em terra, além de ocasionar prejuízos às residências atingidas.

Era evidente que tanto o Ministério Público quanto os demais legitimados previstos pelo art. 82 do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil

Pública (art. 5º) poderiam intentar ação coletiva, por se tratar exatamente de direitos e interesses individuais homogêneos de origem comum – ou seja, a queda do avião –, independentemente da existência de culpa de alguém, por força do disposto no art. 14 do referido código<sup>11</sup>. Ou seja, na tutela direta em razão da relação de consumo consistente em contrato de transporte, e até indireta, no tocante a terceiros alheios àquela relação (os *bystanders*), conforme previsto pelo art. 17 do estatuto consumerista<sup>12</sup>, exatamente como no caso citado do acidente em Osasco.

Ocorre, entretanto, que uma questão desde logo nos preocupou, no que dizia respeito aos fundamentos de uma eventual ação coletiva. Sabendo-se, com efeito, que também o Código Brasileiro de Aeronáutica – Lei nº 7.565, de 19.12.1986 – já cuidava da responsabilidade civil objetiva do transportador aéreo por danos causados tanto a ocupantes de aeronaves por força de vínculo de contrato de transporte, como a pessoas em terra atingidas por acidentes com as mesmas, mas de forma limitada<sup>13</sup>, a não ser se houver comprovação de dolo ou culpa grave do transportador ou de seus prepostos, fomos estudar a matéria.

E, com o auxílio de dois brilhantes estudantes/estagiários, produzimos um parecer preliminar para instruir eventual petição em ação coletiva. No caso, entendemos, em última análise, que a ação deveria basear-se no Código de Defesa do Consumidor, e não no Código Brasileiro de Aeronáutica. E isto por duas razões fundamentais: a) em virtude de se tratar o primeiro de ordem pública e interesse social, além de ser posterior a esse; b) em segundo lugar, porque enquanto que o segundo apenas trata de danos pessoais e materiais, o código do consumidor cuida igualmente de danos morais, e em montante a ser apurado, caso a caso, juntamente com os danos pessoais e materiais, em liquidação por artigos. O critério rígido de *tarifação* do código da aeronáutica, destarte, não levaria em conta esses fatores.

---

11 Art. 14 – O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

12 Art. 17 – Para os efeitos desta Seção *l.i.e.*, responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço], equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

13 Art. 246 – A responsabilidade do transportador (artigos 123, 124 e 222, parágrafo único), por danos ocorridos durante a execução do contrato de transporte (artigos 233, 234, § 1º, 245), está sujeita aos limites estabelecidos neste Título (artigos 257, 260, 262, 269 e 277). Art. 248 – Os limites de indenização, previstos neste Capítulo, não se aplicam se for provado que o dano resultou de dolo ou culpa grave do transportador ou de seus prepostos. Art. 256 – O transportador responde pelo dano decorrente: I – de morte ou lesão de passageiro, causada por acidente ocorrido durante a execução do contrato de transporte aéreo, a bordo de aeronave ou no curso das operações de embarque e desembarque; II – de atraso do transporte aéreo contratado (...) Art. 257 – A responsabilidade do transportador, em relação a cada passageiro e tripulante, limita-se, no caso de morte ou lesão, ao valor correspondente, na data do pagamento, a 3.500 (três mil e quinhentas) Obrigações do Tesouro Nacional – OTN, e, no caso de atraso do transporte, a 150 (cento e cinquenta) Obrigações do Tesouro Nacional – OTN (...) Art. 268 – O explorador responde pelos danos a terceiros na superfície, causados, diretamente, por aeronave em voo, ou manobra, assim como por pessoa ou coisa dela caída ou projetada.

Como houve a instituição de uma Associação das Vítimas do Voo da TAM, que ingressou com uma ação coletiva, e se constituíram grupos que litigaram em litisconsórcio, bem como outros pleitos individuais, a Promotoria de Justiça do Consumidor da Capital entendeu por bem não propor outra ação coletiva. Nosso parecer, todavia, acabou por ser solicitado por diversos litigantes no intuito de fundamentarem os respectivos pleitos.

#### 4. CUSTEIO DE PERÍCIAS

Uma questão realmente crucial, sobretudo, no âmbito dos inquéritos civis e ações coletivas de responsabilidade do Ministério Público, refere-se à obtenção e dados técnicos para a sua instrução.

A Lei nº 7.347, de 1985, em seu art. 8º, § 1º, estabelece que *o Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 15 (quinze) dias.*

Em consonância com esse dispositivo, e no âmbito do Estado de São Paulo, sua Carta Constitucional determina que:

Art. 115 – Para a organização da administração pública direta e indireta, inclusive as fundações instituídas por qualquer dos Poderes do Estado, é obrigatório o cumprimento das seguintes normas:

XXIX – a administração pública direta e indireta, as universidades públicas e as entidades de pesquisa técnico-científica oficiais ou subvencionadas pelo Estado prestarão ao Ministério Público o apoio especializado ao desempenho das funções da Curadoria de Proteção de Acidentes do Trabalho, da Curadoria de Defesa do Meio Ambiente e de outros interesses coletivos e difusos”.

É mister, por conseguinte, que os vários setores que lidam com esses interesses procurem os elementos técnicos de que necessitam junto aos institutos de pesquisas técnicas e universidades públicas do Estado, diretamente, ou mediante convênios.

Quando exercíamos as funções de Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Estado de São Paulo, lançamos mão desses recursos, destacando, dentre eles, os seguintes:

- a) Em 1991, graças a convênio estabelecido entre a Procuradoria-Geral de Justiça e a Reitoria da Universidade de São Paulo, fizemos pesquisa da qualidade da água servida a toda a população do Estado; nesse caso foi designado um eminente professor especialista nessa questão da USP que estabeleceu um programa específico para tabulação de dados, colhidos nos mais de 600 municípios paulistas; no caso, pesquisava-se o nível de cloro e flúor, conforme padrão estabelecido pelo Ministério da Saúde; e graças a esse levantamento, centenas de inquéritos civis foram instaurados e ações civis públicas ajuizadas, que culminaram com ter-

mos de compromisso de ajustamento e acordos judiciais, no sentido de adequação da água aos citados padrões técnicos;

- b) Nessa mesma época chegara-nos a notícia de que em vários conjuntos habitacionais populares construídos por cooperativas e empresas públicas, apresentam graves defeitos de construção (e.g., refluxo de esgoto, telhas quebradiças, empenamento de portas e janelas, etc.); graças a contatos com a direção da Faculdade de Engenharia de USP de São Carlos e de um instituto de engenharia de Lins, peritos constatarem tais defeitos, que foram objeto de inquéritos civis e ações civis públicas visando à reparação dos danos causados aos prestamistas-adquirentes das casas populares;
- c) Peças de automóveis com defeitos que poderiam causar danos a um número indeterminado de pessoas, foram objeto de perícia pelo IPT – Instituto de Pesquisas Tecnológicas e pelo CTA – Centro Tecnológico da Aeronáutica.

Embalagens de vidro que acondicionavam refrigerantes e cervejas que explodiam causando ferimentos em consumidores foram objeto de perícia técnica pelo ITAL – Instituto Tecnológico de Alimentos de Campinas.

E os exemplos foram inúmeros, demonstrando que tudo dependerá de uma boa gestão da Procuradoria-Geral de Justiça, por meio de seus Centros de Apoio Operacional, com vistas à obtenção desses dados técnicos.

## 5. CATÁLOGO DE INQUÉRITOS CIVIS E AÇÕES CIVIS PÚBLICAS

Ao sermos constituído como parecerista, agora como advogado, por uma empresa que mantém cartões de crédito denominados *private label cards*, ou seja, com utilização apenas nos seus pontos de venda, mas com operacionalidade semelhante aos demais cartões de crédito, deparamo-nos com a seguinte problemática: embora os procedimentos de oferta e publicidade desse cartão, bem como cláusulas contratuais tivessem sido objeto de ação coletiva em uma comarca do Estado de São Paulo, e que culminou com um acordo judicial visando à revisão daquelas práticas, devidamente homologado, outros procedimentos foram instaurados pelas Promotorias do Consumidor de Florianópolis, Vitória de Conquista, Recife, Porto Alegre e Londrina.

Só que, em contato com o então Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Consumidor, e tomando conhecimento do acordo judicial, foram promovidos os arquivamentos de todos aqueles procedimentos informativos, à exceção do instaurado pela Promotoria do Consumidor do Recife.

Muito embora a empresa tivesse comunicado essa circunstância àquela Promotoria Especializada, foi ajuizada outra ação civil pública, com os mesmos obje-

tos. Ou seja, modificação da oferta/publicidade e cláusulas contratuais do cartão *private label*<sup>14</sup>.

Resolução Conjunta nº 02 do Conselho Nacional do Ministério Público e do Conselho Nacional de Justiça, em julho de 2011, tratou exatamente do Cadastro Nacional de Ações Coletivas, Inquéritos Cíveis e Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta. Cadastro esse, todavia, que, ao que tudo indica, não estaria funcionando a contento.

Não houve, todavia, preocupação com a criação de um instrumento hábil e adequado com vistas à resolução de conflitos entre os diversos órgãos do Ministério Público, conflitos esses, repita-se, julgados pelo Supremo Tribunal Federal, quando se cuidam de questões de interesses administrativos e de economia interna dos mencionados Ministérios Públicos.

Essa matéria foi objeto de nossa preocupação em duas oportunidades: em tese apresentada no VII Congresso Nacional do Ministério Público realizado em Goiânia, em 1996, e artigo publicado na Revista do TRF da 3ª Região, nº 89, intitulado *Conflitos de Atribuições Cíveis entre Ministérios Públicos*.

Essa temática, por conseguinte, envolve duas soluções: a) a devida alimentação e publicidade ampla dos dados constantes do referido cadastro; b) a atribuição de competência ao Conselho Nacional do Ministério Público para dirimir conflitos de atribuições, conforme defendido por nós na tese e artigo retromencionados.

## **6. EXECUÇÃO DAS SENTENÇAS EM FEITOS QUE TRATAM DOS INTERESSES E DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS**

Conforme já assinalamos noutro passo, os chamados *interesses ou direitos individuais homogêneos de origem comum* nada mais são do que interesses e direitos manifestamente individuais que, contudo, como foram afetados ou prejudicados pela mesma causa ou fenômeno comum, admitem a sua tutela coletiva. E, evidentemente como os interessados ou titulares desses direitos ou interesses experimentaram danos individualizáveis, a execução de sua indenização será certamente individualizada caso a caso.

Essa particularidade, com efeito, leva à execução das sentenças condenatórias, sobretudo, de cunho indenizatório por danos causados aos interessados individualmente considerados, grandes dificuldades que, todavia, podem ser enfrentadas pela própria lei – mais particularmente pelo Código de Defesa do Consumidor que é mais detalhado, do que a Lei da Ação Cível Pública nesse aspecto –, mas também com um boa dose de criatividade. Se não, vejamos.

---

14 Cf. Juízo de Direito da 11ª Vara Cível da Comarca da Capital – Recife – Processo nº 001.2007.037270-6.

## 6.1. Dispositivos do Código de Defesa do Consumidor

Dispõe seu art. 95 que, *em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, ficando a responsabilidade do réu pelos danos causados.*

Entretanto, conforme o art. 97, *a liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82<sup>15</sup>.*

E seus parágrafos 1º e 2º estabelecem que: *a execução coletiva far-se-á com base em certidão das sentenças de liquidação, da qual deverá constar a ocorrência ou não do trânsito em julgado (§ 1º); e é competente para a execução o juízo da liquidação da sentença ou da ação condenatória, no caso de execução individual, e da sentença condenatória, quando coletiva a execução (§ 2º, e seus incisos I e II, respectivamente).*

Na sequência dos dispositivos que nos interessam mais de perto, vejamos os artigos 99 e 100, já que fazem uma distinção entre eventual conflito entre indenizações coletivas (no caso destinadas ao Fundo de Reparação dos Interesses Difusos e Coletivos, previsto pelo art. 13 da Lei da Ação Civil Pública), de um lado, e indenizações individuais, que devem ser liquidadas de acordo com a extensão dos danos sofridos pelos titulares dos direitos reconhecidos.

Assim:

Art. 99 – Em caso de concurso de créditos decorrentes de condenação prevista na Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985 e de indenizações individuais resultantes do mesmo evento, danoso, estas terão preferência no pagamento.

Parágrafo único – Para efeito do disposto neste artigo, a destinação da importância recolhida ao fundo criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, ficará sustada enquanto pendentes de decisão de segundo grau as ações de indenização pelos danos individuais, salvo na hipótese de o patrimônio do devedor ser manifestamente suficiente para responder pela integralidade das dívidas.

Art. 100 – Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida.

Parágrafo único – O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

A questão mais tormentosa, todavia, reside exatamente em como liquidar as indenizações devidas individualmente quando, por exemplo, há razoável dispersão de interessados e, por conseguinte, grande dificuldade na sua localização física e apuração dos seus haveres.

---

15 Art. 82 – Para fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: I – o Ministério Público; II – a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal; III – as entidades e órgãos da Administração Pública direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este código; IV – as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.

E nesses casos nem a nossa legislação, nem a norte-americana, por exemplo, nas chamadas *class actions*, dispõem de critérios legais rígidos a respeito.

Com efeito, Antônio Gidi<sup>16</sup>, ao elencar algumas das particularidades da chamada *Federal Rule of Civil Procedure # 23*) e dificuldades para estabelecer um modelo único, sobretudo em face das peculiaridades em decorrência do regime da *common law* (*versus* nosso sistema de *civil law*) e grande autonomia dos Estados norte-americanos, esclarece que, quanto aos pressupostos para o ajuizamento de uma *class action*, o magistrado deve constatar:

- Se se trata, efetivamente, de um grupo titular do direito alegado e violado assaz numeroso, que o litisconsórcio de todos os seus membros em uma única ação seja impraticável (*joinder impracticability*);
- Se existe uma questão comum, de ato ou de direito, unindo as pessoas interessadas em um grupo mais ou menos uniforme (*common question*);
- Se o representante desse grupo tem, realmente, as mesmas pretensões dos demais membros, ou seja, de molde a ser um representante típico dos interesses do grupo (*typicality*);
- Se o autor representa adequadamente os interesses dos demais membros do grupo (*adequacy of representation*).

Até esse ponto, todavia, parece-nos que as diferenças entre o sistema norte-americano e o brasileiro são evidentes, ao menos no que tange à legitimação processual. Ou seja, enquanto que no primeiro caso ela pode ser conferida a uma pessoa física e parte interessada efetiva, cujo direito foi violado juntamente com o de uma universalidade razoável de titulares, no direito brasileiro a titularidade é conferida apenas a entidades, conforme disposto pelo art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, na qualidade de substitutos processuais extraordinários.

Quanto às hipótese de cabimento das *class actions*, são também verificados pelo magistrado os seguintes aspectos:

- Se a propositura de ações individuais separadas poderia criar riscos de decisões inconsistentes ou conflitantes e prejudicar outros interessados não abrangidos pelas ações individuais;
- Se a parte contrária ao grupo agiu ou deixou de agir de maneira uniforme em face de todo o grupo, o que exigiria uma decisão coletiva de cunho mandamental ou declaratório para beneficiar todo o grupo;
- Se o juiz considerar que as questões de direito ou de fato comuns aos membros do grupo predominam sobre os interesses individuais.

Nesse aspecto parece-nos que nosso sistema é mais detalhado, conforme já salientamos noutro passo, principalmente no que diz respeito à concomitância de feitos individuais e um dado pleito de cunho coletivo.

---

16 *Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.

Analisadas todas essas condições de procedibilidade, sucedem-se as seguintes fases:

- Fase de certificação da ação coletiva (*certification*);
- Notificação dos membros do grupo (*notice*);
- Delimitação do papel do representante do grupo e seu advogado;
- Delimitação do grupo titular do direito violado (*class*);
- Delimitação do regime e dos efeitos da coisa julgada coletiva (*res iudicata*);
- Estabelecimento das condições para a extinção e a realização de acordos nas ações coletivas (*dismissal and compromise*);
- Definição dos honorários advocatícios (*attorneys' fees*);
- Possibilidade de ação coletiva passiva (*defendant class actions*).

É na fase da execução do julgado ou mesmo do acordo, todavia, que tanto o sistema norte-americano quanto o nosso enfrentam dificuldades de ordem pragmática. Se não, vejamos.

## 6.2. Casos do direito comparado

Richard Tur<sup>17</sup>, nesse aspecto, traz à colação interessantes exemplos de como a jurisprudência norte-americana resolveu essa questão, ainda que de forma nem sempre justa ou equitativa, se levada a questão da indenização efetiva a rigor e caso a caso.

Assim:

- A empresa *Sonotone Corporation* fora acusada de vender aparelhos para surdez por preço considerado abusivo, eis que mantinha o monopólio de tais dispositivos, sofrendo então condenação no sentido de indenizar as milhares de pessoas que o haviam comprado, indenização tal consistente na devolução da diferença de preço entre o efetivamente pago, e o valor normal e justo de cada aparelho de surdez, o que foi apurado mediante perícia avaliatória;
- Já a *General Motors Corporation* foi obrigada a devolver aos milhares de adquirentes dos modelos 1977 dos carros *Buick*, *Oldsmobile* e *Pontiac* a quantia de 200 dólares uma vez que, embora houvesse veiculado publicidade pela TV, *outdoors*, anúncios em jornais e outros meios de comunicação social, informando que referidos carros eram equipados com motores de última geração e mais potentes dos que anteriormente os acionavam, na verdade eram movidos a motores *Chevrolet*, linha mais modesta da referida empresa; descoberta a fraude, um dos adquirentes moveu *class action* em face daquela, coroada de sucesso: os 200 dólares, em última análise, corresponderam à diferença de preço entre

---

17 FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*: Atlas. São Paulo, 13. ed., 2015, p. 426-427.

os motores mais potentes e caros, e os mais modestos, que haviam equipado os veículos de maior valor;

- A *Yellow Cab Corporation* de Nova Iorque, sem autorização do poder público municipal, elevou por conta própria suas tarifas; condenada por força também de uma *class action* movida por um passageiro, foi obrigada a rodar com todos os seus veículos durante certo tempo com a tarifa antiga, até que se completasse o lucro indevido obtido;
- A empresa *Mitsubishi* foi obrigada a reembolsar compradores de televisores (quase 8 milhões de dólares) em quantias entre 20 e 54 dólares para cada um, porque tais aquisições teriam desrespeitado as leis anti-trustes, semelhantemente ao que ocorreu com os dispositivos auditivos retromencionados; a *class action*, nesse caso, foi movida perante o Tribunal Federal de Baltimore, Estado de Maryland, nos Estados Unidos, pelo Procurador-Geral de Justiça, tendo os demais Procuradores Gerais de todos os demais 49 Estados americanos aderido a ela, já que os danos alegados tinham projeção nacional<sup>18</sup>.
- A fabricante do dispositivo contraceptivo intrauterino denominado *Dalkon Shield*, em sede também de uma *class action*, foi condenada por uma corte norte-americana a indenizar as milhares de vítimas de lesões internas e até mortes em todo o mundo, tendo sido designada uma comissão para o arbitramento das indenizações.

### 6.3. Caso Dalkon Shield

O Caso *Dalkon Shield*, com efeito, pareceu-nos paradigmático, e por isso merece uma análise mais demorada<sup>19</sup>.

#### 6.3.1. Sumário dos fatos

A questão, já tratada em nosso *Manual de Direitos do Consumidor*<sup>20</sup>, com efeito, diz respeito a uma *class action* – ação coletiva ou de classe ou grupo –, ajuizada nos Estados Unidos na década de 1980 do século passado, mediante a qual se visou ao ressarcimento de milhares de mulheres e seus representantes (filhos e/ou maridos no caso de morte) em decorrência de danos de diversos tipos à saúde das primeiras (perfuração de útero, infecções abdominais, comprometimento das trompas de falópio, esterilidade permanente, etc.) pela utilização do contraceptivo mecânico intrauterino *dalkon shield*.

18 Notícia estampada no jornal *Gazeta Mercantil* de 10.4.1991, p. 33.

19 VAINO M. Georgene. *The Dalkon Shield Claimants Trust: Paradigm Lost (or Found)*. The Fordham Law Review. New York, NY. vol. 61, issue 03, article 03, 1992, os. 617-660.

20 *Op. cit.*, p. 426.

### 6.3.2. Universo de interessados

Apenas 29% das milhares de vítimas, não apenas nos Estados Unidos como em diversos países, foi representado formalmente por advogados. Tanto assim que, ao tempo do pagamento das indenizações, mais de 60% do universo que se apresentou não o havia sido.

### 6.3.3. Dalkon Shield Claimants Trust

Ao cabo de muitas discussões e pleitos paralelos à ação coletiva que se seguiu às demandas individuais, foi constituída uma *Comissão Gestora do Fundo de Reivindicantes do Dalkon Shield* (tradução livre da expressão em inglês, *Dalkon Shield Claimants Trust*), a qual se deparou, desde o início, com algumas questões polêmicas, a saber:

- a) Os danos sofridos pelas vítimas deveriam ser classificados em *triviais* ou *leves*, de um lado, e *graves*, de outro, para fins de estimativa da indenização, ou haveria um *quantum* fixo para cada uma delas?
- b) As mulheres têm direito a um maior e melhor aconselhamento legal, principalmente as que não foram assistidas desde o início por advogados?
- c) Essas questões deveriam, ou não, ser apreciadas e decididas pela Comissão, ou a ela cumpriria, tão somente, cumprir o que foi julgado na ação coletiva?

### 6.3.4. Considerações dos membros da comissão

a) sua missão principal é identificar e contatar o maior número possível de vítimas a serem beneficiadas, com os menores custos, e em menor tempo que seria necessário, por exemplo, por técnicas de mediação, conciliação ou arbitragem; até porque, a Comissão, embora designada pelo Juiz da ação coletiva, tem autonomia, podendo, e até devendo tomar decisões de cunho econômico e administrativo; b) o estado pré-falimentar da empresa fabricante do dispositivo contraceptivo intrauterino foi causado exatamente pelas reclamações feitas pelas mulheres que dele se utilizaram, e que, embora no início em pequena quantidade, fizeram jus a indenizações estratosféricas; c) pelo cronograma, com efeito, entre o surgimento das reclamações, e o pagamento final das indenizações, seria de bom alvitre anotar que tal dispositivo foi criado como maneira de atenuar ou até substituir a *pílula anticoncepcional* que, em razão de suas formulações iniciais, acarretava graves efeitos colaterais (anos 1960 do século XX); o *Dalkon Shield*, então, mais conhecido no Brasil como *diafragma*, pareceu ser a grande solução, e começou a ser fabricado em 1971, tendo sido usado, apenas nos Estados Unidos, por 2 milhões e 800 mil mulheres, a que se somaram 1 milhão e 700 mil em outros países, num total de 3 milhões e 600 mil; os problemas começaram ainda na década de 1970, tendo suscitado o

ajuizamento de milhares de ações individuais pelas pessoas prejudicadas; os efeitos, conforme já salientado passos atrás, foram de diversos tipos, órbitos, inclusive (286 casos, até 1975, nos Estados do Kansas, Califórnia e New York); d) até 1985 havia em andamento milhares de ações (9.500), não apenas em face da fabricante como também em face de sua seguradora de que resultaram o pagamento de indenizações da ordem de 1 milhão e 750 mil dólares, mais multa de 7 milhões e 500 mil dólares para cada vítima, disso resultando um *rombo* de 300 milhões de dólares.

### **6.3.5. Falência precipitada**

No entender dos membros da *Comissão*, porém, o requerimento de autofalência da empresa teria sido precipitada, em 1988, embora houvesse pendentes de indenização mais de 6.000 vítimas que receberiam, a exemplo das outras 3.500 já satisfeitas, um total de 2 bilhões e 330 milhões de dólares.

### **6.3.6. Impossibilidade de indenizações milionárias**

Os membros da *Comissão*, então, convencionaram que seria impossível indenizar as vítimas que ainda reclamavam reparação, da mesma forma que as outras que se haviam beneficiado em demandas individuais, já que assistidas por advogados. Por outro lado, não seria justo que, por isso mesmo, ficassem ao desabrigo da tutela jurisdicional.

### **6.3.7. Formas de identificação das vítimas e cálculo das indenizações**

a) Formulário – Nesse intuito, a *Comissão* elaborou um formulário a ser respondido pelas vítimas ou seus representantes, tendo-se calculado um universo de 350.000 delas (*i.e.*, 300.000 só nos Estados Unidos, e 50.000 distribuídas por diversos países); b) Cálculo – Em março de 1986, o Juiz Merhige designara um economista, o Prof. Francis MC Govern para fazer uma estimativa do *quantum* que seria necessário para as indenizações, para tanto, concebendo um segundo formulário, de maneira bem simples e objetiva; o resultado a que chegou foi da ordem de 2 bilhões e 475 milhões de dólares.

### **6.3.8. Prazo final – *Dead Line***

Como prazos finais para que as vítimas se apresentassem para receber sua parte no *fluid recovery* disponibilizado pela empresa fabricante e sua seguradora, a *Comissão* fixou as datas de 15.7.1987 para as residentes nos Estados Unidos, e 15.8.1987 para as residentes em outros países, tendo-se para tanto contratado escritórios de advocacia no exterior, devidamente credenciados pela mesma

*Comissão*. Vencidos esses prazos, ainda se apresentaram extemporaneamente 106.000, ficando de fora, todavia, cerca de 91.000 interessadas. No caso das que se apresentaram, ainda que a destempo, ficou convencionado que receberiam alguma compensação se sobrasse algum numerário após o ressarcimento das que se haviam apresentado nos prazos assinalados.

### 6.3.9. Tipos de indenizações

Em face desses levantamentos, e tendo a empresa sido vendida à *American Home Products*, em julho de 1988, por 3 bilhões de dólares, foi possível estabelecer-se cinco tipos de lesões sofridas e indenizações, e desde que as partes aceitassem as conclusões dos supervisores médicos. Ou seja, desde o tipo “A” (725 dólares), lesões de natureza leve, até “D” (300.000 dólares), com o resultado morte, em que as indenizações seriam fixadas em um crescendo. Ao todo foram beneficiadas 85.000 vítimas ou seus representantes, inclusive, retardatários, tendo somado um total de 60 milhões de dólares.

### 6.3.10. Conclusões do artigo sumariado e traduzido

“A *Comissão Gestora do Fundo de Reivindicantes do Dalkon Shield* (tradução livre da expressão em inglês, *Dalkon Shield Claimants Trust*) foi instituído para indenizar mulheres e suas famílias que foram prejudicadas pela Dalkon Shield. Diversos fatores deveriam ser considerados ao se analisar o desempenho do Comissão. Primeiramente, a Comissão empreendeu tentativas sérias e exaustivas para assegurar alto grau de satisfação para os(as) reivindicantes na solução de seu processo de reclamações<sup>21</sup>.

---

21 Exemplos dessas tentativas incluem as seguintes. As regras para avaliação das reivindicações da Comissão foram testadas por um grande grupo de advogados de autores [das ações] em face da Dalkon Shield. Sobre tudo, uma vez que ao tempo em que a Comissão estava desenvolvendo o formulário de reivindicações da Opção 3, aproximadamente 60% dos reclamantes da Dalkon Shield não eram representados por advogados, [e] a Comissão testou seus formulários de avaliação de reivindicantes com membros de grupos de reivindicantes de todos os segmentos socioeconômicos e educacionais. Veja *supra* Parte III.C. A Comissão também desenvolveu um programa destinado a ajudar os reivindicantes a obter seus prontuários médicos junto a médicos ou hospitais que se recusavam a liberá-los aos reivindicantes. Veja *id.* E, além disso, a Comissão assumiu os custos de tradução para o inglês dos prontuários de reivindicantes estrangeiros que não puderam fazê-lo por si mesmos. Há outras medidas também muito possíveis durante a fase da solução das reclamações do processo [execução]. Veja *supra*, Parte III.C-D. Cada um dos especialistas para a avaliação das reclamações perante a Comissão ou atuou na Comissão dos Reivindicantes durante o processo de levantamento dos recursos da falência ou trabalhou para a mais importante firma de advogados que representou os reivindicantes da *Dalkon Shield* no litígio preparatório [da ação coletiva]. Veja *supra* Parte III.A.3. Finalmente, nas reuniões com os advogados dos autores e em nossas comunicações por escrito aos reivindicantes, os Membros da Comissão explicaram os fundamentos para cada uma das suas providências e foram receptivos a sugestões que pudessem ser úteis para o universo dos reivindicantes como um todo. Veja *supra*, Parte III.D.

Em segundo lugar, a Comissão operou com um escasso orçamento administrativo, mantendo os custos administrativos totais abaixo de 400 dólares por reclamação. Além disso, num caso típico de reparação de danos, os custos do réu consomem cerca de 35% das despesas do litígio e do total das indenizações<sup>22</sup>. Depois de os advogados dos autores terem obtido aproximadamente 35%, os autores ficam grosso modo com 30%. Em contrapartida, uma reivindicante da *Dalkon Shield* poderia esperar receber cerca de 65% do total oferecido se ela fosse representada por um advogado, ou 100% menos – aproximadamente 400 dólares se ela se apresentasse por si.

O fato de as mulheres terem sido as vítimas originais no caso *Dalkon Shield* motivou muitas das decisões da Comissão. Essas decisões e o sucesso da distribuição das indenizações tiveram graves implicações para solucionar reclamações de mulheres e outras pessoas tradicionalmente menos poderosas, ou para qualquer vítima de uma indenização em massa. Quando o desastre irrompeu ao longo da linha de produção da *Dalkon Shield*, o amianto, por exemplo, estava também na alça de mira, colocando eventualmente milhões ou bilhões de dólares em jogo. A questão deveria ser como distribuir a maior parte do dinheiro às vítimas de tal maneira que as vítimas sentissem que a justiça fora bem aplicada. Apenas o artigo de Tom Tyler no *Duke Symposium* focou nessa matéria de profunda preocupação para os Comissários. Sempre foi visão dos Comissários de que os reivindicantes estiveram preocupados não simplesmente com o dinheiro, mas também com a sua dignidade e a justiça.

A Comissão acreditou, assim como a doutrina jurídica e econômica, que os reivindicantes estariam em melhor posição para efetivarem suas próprias escolhas concernentes às possibilidades de acordo, se recebessem informações claras acerca do processo e se não fosse exigida perícia especial para completar o processo. Para o fim de maximizar o melhor possível a posição de cada reivindicante, a Comissão se baseou na submissão de cada reivindicante à ação coletiva e então submeteu cada material [de prova] ao mesmo processo de avaliação das reivindicações. Isto criou um sistema eficiente que protegeu o bem do todo, mas solução questionável objetivamente de acordo com a filosofia feminista.

A operação da Comissão pôde mais tarde estabelecer uma ponte entre as escolas econômica, a jurídica, e a jurisprudência feminista. Tanto a lei quanto a economia, além dos jurisprudencialistas feministas, deveriam concordar que a Comissão ofereceu um exemplo da necessidade sobre a criação de novas maneiras de se encarar os problemas jurídicos, a fim de se assegurar a sua justa solução. Há necessidade de se reexaminarem as noções de prerrogativas individuais, por vezes renunciando-as em prol de soluções mais coletivas e eficientes.

22 Aqui uma tradução bastante livre, porquanto a autora do artigo fala em *recovery pie* que, literalmente, significa *bolo de compensação* ou *indenizações*.

Basear-se em uma perspectiva jurídica e econômica apenas, entretanto, pode parecer *estéril* ou insuficiente no tocante aos cuidados e valores feministas. Por exemplo, o Professor Bender sugere que:

“Nos casos da Dalkon Shield, os réus corporativos [fornecedores na nomenclatura do Código do Consumidor Brasileiro] podem ser obrigados por lei a cumprirem suas responsabilidades de oferta de cuidados ao procurarem vagas nas clínicas de infertilidade para vítimas, providenciando suas consultas e transportes para as visitas necessárias, organizando clínicas necessárias [para tanto] se a que já existir for inadequada, contratar consultorias matrimoniais e psicológicas competentes, desenvolver adoções alternativas particulares para aquelas mulheres que quiserem filhos, mas não podem conceber, e assim por diante”.

Essas sugestões são valiosas. Em complementação, entretanto, há outras maneiras de demonstrar esse cuidado ético a ser oferecido por via do processo de avaliação das reclamações. Ao assegurar tais qualidades, no caso o processamento célere e justo das reclamações, linhas de comunicação efetiva entre a Comissão e os reivindicantes, membros de equipes desejosas de assistirem os reivindicantes, e reuniões para acordos durante as quais a Comissão explique a um reivindicante, cara a cara, os pontos fortes e fracos de sua reclamação, a Comissão é, de fato, capaz de agir diligenciando, de uma forma responsável enquanto preserva a eficiência da solução das reclamações e das operações administrativas.

Em suma, a Comissão encontrou resistência às suas providências porque o sistema divisado para implementar o plano difere significativamente do modelo tradicional de litígio. Aqueles que historicamente tiveram muito a ganhar com os casos de indenização em massa – sobretudo, advogados e outros profissionais – perderiam muito do seu poder se a *Comissão Gestora do Fundo de Reivindicantes do Dalkon Shield* conseguisse o seu intento em distribuir o fundo para acordos [amigáveis] da maneira mais justa e eficiente possível.

E o autor do trabalho citado pondera, finalmente, que:

É certamente provável que, sem o envolvimento do Judiciário em casos futuros, o paradigma de solução de reclamações que a Comissão esperou criar venha a se perder. É improvável que aqueles que tenham muito a perder concordariam com outro plano, tal como o da Comissão Gestora do Fundo de Reivindicantes do Dalkon Shield, que oferece ferramentas com as quais comissários independentes possam procurar proteger os interesses da toda a classe de reivindicantes. Este ensaio levanta numerosas questões e apresenta os materiais fáticos e conceituais que oferecem a base para o começo de uma discussão acadêmica racional sobre todas as questões apresentadas no caso da Dalkon Shield, assim como para outras ações de reparação em massa. Futuros artigos por este autor, e espera-se por seus colegas, poderão explorar integralmente a experiência da Comissão Gestora do Fundo de Reivindicantes do Dalkon Shield do ponto de vista das três perspectivas jurisprudenciais discutidas anteriormente neste ensaio – ética profissional, jurisprudência feminista, jurídica e econômica. Talvez então nós saibamos se a Comissão Gestora do Dalkon Shield apresenta um paradigma perdido ou achado.

## 6.4. A jurisprudência brasileira

Ao longo dos mais de treze anos que nos dedicamos a essas questões no âmbito do Ministério Público do Estado de São Paulo como Coordenador de suas Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, observamos e participamos mediante manifestações opinativas de algumas soluções *criativas* no sentido de melhor atender à tutela dos consumidores coletivamente considerados.

### 6.4.1. Aumentos abusivos de tarifas de ônibus

Conforme consta dos assentamentos do então CENACON – Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Consumidor mediante *fichas de registro e cadastramento de inquéritos civis e ações civis públicas* (FICHA R-X), em diversas Comarcas do Estado de São Paulo à época, e logo após a implantação do *plano real*, como, por exemplo, Santos (Ficha R nº 294/96), Campos do Jordão (Ficha R nº 285/94), Ilhabela (Ficha R nº 277/94), Itapevi (Ficha R nº 188/94), Mogi das Cruzes (Ficha R nº 175/94), Mogi Mirim (Ficha R nº 245/94), Registro (Ficha R nº 246/94), São João da Boa Vista (Ficha R nº 91/94), Jundiaí (Ficha R nº 295/94), e outros, houve o reajuste reputado abusivo das respectivas tarifas de ônibus urbanos, em alguns casos, inclusive, sem a aprovação prévia do Poder Público Municipal competente. Na maioria dos casos, logo após a instauração dos respectivos inquéritos civis, houve a lavratura de termos de ajustamento de conduta, mediante o qual as empresas cessaram as cobranças em questão. Em alguns outros casos, porém, como o dano se estendeu por algum tempo, quer em sede ainda de inquéritos civis, quer já no âmbito do Judiciário, provocado mediante o competente pleito coletivo, foram estabelecidas condições semelhantes àquelas impostas à empresa de táxi nova-iorquina, a *Yellow Cab*. Ou seja, os coletivos passaram a rodar pelo tempo da cobrança de tarifas em níveis reputados abusivos ou ilegais, com a tarifa ainda sem o reajuste pretendido.

### 6.4.2. Produto com quantidade inferior à informada nos rótulos: massas

Na Comarca de Campinas (Ficha R nº 13/91) foi intentada ação civil pública em face de um pastificio que vinha sendo autuado com frequência pelo IPEM – Instituto de Pesos e Medidas, em razão de seus pacotes de massas conterem peso/quantidade inferior ao que constava da embalagem. Com base em laudo pericial feito por técnicos do próprio IPEM como assistente técnico da Promotoria de Justiça do Consumidor em questão, apurou-se que a fraude havia rendido, por estimativa da quantidade de produtos pré-embalados num período de dois ou três anos, ‘X’ cruzados novos (moeda da época). E em execução de sentença, a empresa efetivamente depositou em juízo o total da condenação, ficando no aguardo de que eventuais interessados comparecessem para buscar o que lhes era devido. Conventiou-se, na ocasião, que os mesmos interessados deveriam comprovar a compra

mediante tiquetes de supermercados, por exemplo. Publicado o aviso de lei (art. 100 do Código de Defesa do Consumidor), e decorrido o prazo dali constante (um ano), nenhum interessado apareceu, razão pela qual, ainda conforme ditado pela norma em questão, a indenização reverteu para o fundo de reparação dos interesses difusos e coletivos (art. 13 da Lei da Ação Civil Pública).

#### **6.4.3. Leite líquido em quantidade menor em embalagens plásticas**

Em outro caso semelhante, entretanto<sup>23</sup>, em outra Comarca do interior do Estado de São Paulo, ainda mediante a atuação do IPEM, foi instaurado inquérito civil em razão de uma empresa de laticínios entregar a consumo sacos plásticos de leite de um litro, mas contendo 780, 770, 800, ou menos mililitros desse produto. Ajuizada a ação civil pública com vistas não apenas à imposição e obrigação de fazer (fornecer o produto exatamente com a quantidade anunciada em rótulo), sob pena de multa para cada exemplar apreendido fora da especificação, como também à indenização pelo prejuízo experimentado pelos consumidores, foi feita a liquidação, na forma do caso anteriormente citado. Resultado: 'X' cruzados novos de indenização global, ou seja, a diferença entre um litro e os exemplares vendidos com menos disso multiplicados pelos pacotes vendidos durante a época em que a fraude fora constatada. E, publicado o mencionado edital, efetivamente apareceram algumas senhoras que, mediante tiquetes de supermercados e padarias, comprovaram que haviam adquirido o leite naquelas condições, recebendo, embora simbólicos poucos cruzados novos, constataram que alguma coisa havia sido feita para coibir a mesma fraude. E tudo isso evidencia, tanto neste como no outro caso, independentemente das medidas de ordem criminal, à luz da Lei de Crimes contra a Economia Popular (Lei nº 1.521, de 1951), e Lei nº 8.137, de 1990, conforme o caso.

#### **6.4.4. Sonegação de medicamentos**

Em 1993, como Coordenador das Promotorias de justiça do Consumidor, recebemos do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, cinco procedimentos em que foram apuradas sonegações de medicamentos de uso contínuo por indústrias farmacêuticas sediadas no Estado de São Paulo. Esse fato foi considerado como abuso do poder econômico, o que suscitou a imposição de pesadas multas, bem como dano aos consumidores que necessitavam desses medicamentos. De posse desses procedimentos, a Promotoria de Justiça da Capital, por intermédio de um de seus titulares, o hoje Procurador de Justiça e Secretário-Executivo da Procuradoria de Justiça de Interesses Difusos e Coletivos, Dr. Marco Antônio Zanellato, instaurou os competentes inquéritos civis. E destes resultaram as respectivas ações

---

23 Nesse caso não localizamos o registro no CENACON.

civis públicas, com o objetivo de compelir as empresas responsáveis a indenizarem os consumidores desses medicamentos mais do que essenciais, não apenas por danos à sua saúde, agravada pela sua falta, bem como por dano moral.

Veja-se a ilustrativa ementa do acórdão tirado da apelação que se seguiu à sentença julgando precedente uma das ações mencionadas:

Ação Civil Pública – Responsabilidade Civil. Ação julgada precedente. Conteúdo da sentença condenatória de natureza genérica. No Código de Defesa do Consumidor, o enfoque da responsabilidade civil se apresenta com característica peculiar e revolucionária. Em um primeiro momento, ao contrário do que acontece na legislação processual no processo de conhecimento, o magistrado deve verificar a ação ou omissão do réu, o nexo de causalidade e, se dessa conduta, existiu a possibilidade de potencialidade do dano. Julgada precedente a ação, superada essa fase, na fase de liquidação por artigos, apura-se a extensão e consequências do dano. Assim, todos aqueles que se sentirem ou forem prejudicados, fazendo a prova da ocorrência do prejuízo terão direito a indenização. Nessa fase, proceder-se-á à liquidação, onde deverá ficar evidenciado o nexo de causalidade, a existência do dano e o “quantum” colimado. Habilitação – Artigo 46 do CPC – A evitar tumulto processual, poderá o interessado intervir no processo como litisconsorte ativo facultativo, até a data do saneador. Inteligência do art. 94 da Lei 8.078/90. Superada essa fase, poderá em um segundo momento o consumidor se habilitar nos autos após o trânsito em julgado da sentença na fase de liquidação por artigos. Agravo regimental e de Apelação ofertado pela ré desprovidos. Recurso de apelação oferecido pelo autor provido para reconhecer ocorrência do dano moral e material pela suspensão da produção do remédio essencial de uso contínuo e obrigatório do consumidor. No mais, fica mantida a decisão por seus jurídicos fundamentos<sup>24</sup>.

Impende salientar, ademais disso, que quanto ao dano moral fora estipulada uma quantia certa, contestada pelos laboratórios, de cerca de R\$ 50.000,00 para cada consumidor lesado. Ao que se sabe, algumas dezenas de lesados compareceram para o recebimento das indenizações material e moral.

## CONCLUSÃO

A tutela dos chamados *interesses e direitos difusos e coletivos* apresenta dificuldades de ordem técnica e fática, designadamente no que concerne aos de natureza *individuais homogêneos de origem comum*.

Uma delas diz respeito à concomitância de ações individuais que buscam a justa indenização por danos pessoais e materiais sofridos, a uma ação coletiva que trata do mesmo objeto, sobretudo no que toca à suspensão das primeiras durante o trânsito da segunda, e suas consequências sobre a eventual prescrição, caso essa

24 Ap. Cível nº 107.537-6/5 – 7ª Câmara de Direito Privado do TJSP, relator Desembargador Júlio Vidal.

ação de cumho coletivo venha a ser julgada improcedente. Outra questão concerne às dificuldades práticas quanto à execução das indenizações individuais já que, à luz do Código do Consumidor, o efeito da sentença que julga procedente a ação coletiva indenizatória é *erga omnes*, mas apenas no sentido de tornar inquestionável a obrigação de reparar os danos causados.

E nesses dois aspectos cremos que a legislação é suficiente para aclarar tais dúvidas, mas aliada a uma boa dose de *criatividade*.

Com efeito, uma das causas da interrupção do curso do prazo prescricional é a citação do réu, além da persistência de uma dada *condição suspensiva*.

Na hipótese, por conseguinte, da concomitância de ações individuais e uma ação coletiva (ou civil pública, conforme a nomenclatura dada por outros), que não configura litispendência, à luz do citado Código do Consumidor, requerendo os litigantes individuais não propriamente a desistência de seus pleitos, mas a sua sustação, para se habilitarem na ação de cumho coletivo, poderão retomá-las, no caso de insucesso desta.

É que, ainda por força de dispositivos consumeristas já referidos do estatuto, a sentença no feito coletivo somente afetará os interesses e direitos individuais por ela tratados, *se for para beneficiá-los (secundum eventum litis)*, mas não em caso negativo. Nesse caso poderão os interessados retomar seus feitos individuais. Resta evidenciado, portanto, que a eventual prescrição restou sustada, em decorrência de uma *condição suspensiva* de seus efeitos, ou seja, a decisão final na ação coletiva. Caso contrário, não haveria razão para que a lei consumerista conferisse aos interessados individualmente considerados a possibilidade de aderirem à ação coletiva.

Quanto à liquidação e execução das sentenças condenatórias nos pleitos coletivos, deve ser procedida por artigos, dada a diversidade e extensão variada dos interesses ou direitos prejudicados pela *causa única* ou *homogeneidade* de conduta ou omissão que afeta uma universalidade de titulares.

Isto quer dizer que, transitada em julgado a sentença condenatória, cada interessado deverá demonstrar o vínculo ou nexos causal entre o seu dano e a conduta ou omissão do réu, e sua extensão.

Nem sempre isso será possível, contudo, nem a lei oferece critérios rígidos e muito menos exemplificativos. Daí porque deve ser colocada em prática *uma saudável criatividade*.

E isto, conforme procuramos demonstrar neste ensaio, não apenas no nosso universo jurídico, como também no norte-americano, em cujas *class actions* nos baseamos principalmente no que diz respeito à tutela dos mesmos interesses e direitos individuais homogêneos de origem comum.

Assim, os casos das empresas de táxi de Nova Iorque e de ônibus urbanos em várias cidades do Estado de São Paulo são ilustrativos dessa criatividade: em face da cobrança irregular de tarifas, obrigatoriedade de circularem com as tarifas antigas.

Em outros casos, entretanto, feita a liquidação do dano causado a uma determinada coletividade, como foram os casos de pacotes de macarrão e embalagens

de leite líquido com volumes menores daqueles indicados nos respectivos rótulos, liquidação essa baseada no *lucro ilícito auferido* mediante tais manobras, poucas pessoas se apresentaram para cobrar a parte que lhes coube. O saldo, contudo, do depósito efetuado pelas empresas rés, conforme ditado pela lei, reverte em benefício coletivo, ou seja, ao Fundo Especial de Interesses Difusos e Coletivos, instituído pela Lei nº 7.347/1985.

O caso da justiça norte-americana, entretanto, do dispositivo contraceptivo intrauterino *Dalkon Shield* é bastante emblemático, na medida em que diversas questões de ordem jurídica, econômica, política e pragmática se apresentaram.

Creemos que a grande lição que poderia ser aproveitada pela jurisprudência pragmática, bem entendida entre nós, é a instituição de uma comissão executória da sentença condenatória, principalmente nos casos em que há milhares de interessados. No caso do *Shopping Plaza* de Osasco, por exemplo, informalmente se constituiu uma *força-tarefa* para a execução das indenizações individuais, integradas por dois Promotores de Justiça, três Procuradores Municipais, dois Procuradores da então Assistência Judiciária do Estado, hoje Defensoria Pública. Em contato com uma magistrada da Vara da Fazenda Pública, com efeito, comentamos essa particularidade, ao que nos disse que realmente seria desejável que assim fosse, já que está às voltas com a execução quanto a uma das decisões favoráveis aos milhões de poupadores lesados por dois dos fracassados *planos econômicos*.

Nessas hipóteses, seria de todo desejável que uma comissão executora fosse coordenada pelo magistrado do feito onde corre a maioria das execuções (até porque, mediante cartas de sentença, poderá haver execuções nos foros de domicílio das vítimas), e integrada por um representante do Ministério Público, se não for o autor da ação, mas que de qualquer forma deverá atuar como *custos legis*, por um representante do réu, e por cerca de três representantes das vítimas, além de peritos, se for o caso.

## REFERÊNCIAS

- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de Direitos do Consumidor*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- GIDI, Antônio. *Class Action como instrumento de tutela coletiva dos direitos: as ações coletivas em uma perspectiva comparada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MELHOR ARRAZOADO FORENSE. *Trabalhos Premiados no Ano de 1996*. São Paulo: APMP, 1999.
- TUR, Richard. Litigation and the consumer interest: the class action and beyond. *Legal Studies*. Oxford, UK. Vol. 2, No 2, July 1982.
- VAINO, Georgene M. *The dalkon shield claimants trust: paradigm lost (or found)*. The Fordham Law Review: New York, NY. Vol. 61, issue 03, article 03, 1992.