

# (資料 1) IDEC プレゼンテーション資料



## A Ação Civil Pública no Direito Brasileiro

### aspecto prático

Por Maria Elisa Cesar Novais



### Previsão Constitucional e Legal

- Constituição Federal de 1988: artigo 5º, incisos XXI (legitimidade e representação de associações) e XXXII (defesa do consumidor), artigo 129, inciso III (interesses difusos e coletivos)
- Ato das Disposições Constitucionais Transitórias: artigo 48 (determinação para elaboração de Código de Defesa do Consumidor)
- Lei nº 7.347/1985: Lei da Ação Civil Pública (proteção de direitos difusos e coletivos)
- Lei nº 8.078/1990: Código de Defesa do Consumidor (previsão de procedimentos judiciais e definição de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos)



## Processos Coletivos x Processos Individuais

- diferenças essenciais que assegurem a equidade processual efetiva e propiciem o acesso efetivo à justiça
- percepção da impossibilidade de solução dos conflitos pelo modelo liberal
- ativismo judicial (maior discricionariedade e poder de atuação do juiz)



### Elaboração de Anteprojeto do Código de Processos Coletivos

- Código Brasileiro unificando as disposições sobre a tutela coletiva
- Princípios:** acesso à justiça coletiva, universalização da jurisdição, duração razoável e primazia da tutela coletiva, economia processual, instrumentalidade das formas, ampla divulgação e publicidade, obrigatoriedade/indisponibilidade/continuidade da demanda coletiva, não taxatividade da demanda coletiva; consagração do princípio da boa-fé, máximo benefício da tutela coletiva, especialização dos juízes.



**Direitos Difusos:** direitos ou interesses de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Exemplos: meio-ambiente, publicidade, alimentos transgênicos.

**Direitos coletivos:** direitos ou interesses de natureza indivisível, de que sejam titulares grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (contrato, por exemplo). Exemplos: trabalhadores de uma mesma empresa, acionistas de uma sociedade, condomínio, estudantes de uma escola, etc.



**Direitos individuais homogêneos:** direitos ou interesses decorrentes de origem comum, de uma situação de fato ou de direito. Relação jurídica que se estabelece a partir de uma lesão. Exemplos: danos provocados pelo mau uso de produto ou serviço, por ausência de orientação; falta de informação sobre um produto ou serviço.



### Origem comum

Pode ser de fato ou de direito. Não significa unidade factual ou temporal. Exemplo: publicidade enganosa sobre produto nocivo à saúde veiculada em vários órgãos de imprensa e em repetidos dias. Os danos aos consumidores serão verificados num largo espaço de tempo e em diversas regiões.



### Homogeneidade e origem comum

A origem comum (causa de pedir) pode ser próxima (queda de um avião vitimando diversas pessoas) ou remota (danos à saúde). Quanto mais remota a origem comum, menos homogêneo será o direito. Mais difícil, assim, será verificar a prevalência da dimensão coletiva sobre a individual.



### Ações coletivas para a defesa de interesses individuais homogêneos

- Adaptação das *class actions for damages*
- Requisitos de predominância e superioridade adaptados para eficácia da tutela coletiva e justiça da decisão
- Analisaadas a necessidade, utilidade e adequação da via utilizada
- Possibilidade de liquidação de sentença para apuração de danos individuais



### Ações coletivas para defesa de interesses individuais homogêneos – peculiaridades

- Procedimento:** ordinário. A lei especial (Lei da Ação Civil Pública ou Código de Defesa do Consumidor) prevalece sobre as disposições gerais
- Foro competente:** do lugar onde ocorreu ou deva ocorrer o dano. Competência concorrente: foro da Capital do Estado ou do Distrito Federal para os danos de âmbito nacional ou regional.



### Coisa julgada *Secundum eventum litis*

**Efeitos erga omnes:** para direitos difusos. Efeitos não ocorrem para o caso de improcedência por insuficiência de provas.  
**Efeitos ultra partes:** para direitos coletivos. Limitados ao grupo, categoria ou classe. Não ocorre na improcedência por insuficiência de provas.  
**Efeitos erga omnes:** somente no caso de procedência do pedido: para benefício das vítimas e seus sucessores no caso de direitos individuais homogêneos



### Legitimidade

#### Estatal e organizacional

Ministério Público; União, Estados, Municípios e Distrito Federal; entidades e órgãos da administração pública direta ou indireta; associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e com fins institucionais voltados à defesa desses direitos e interesses



### Atuação do Ministério Público

O Ministério Público é definido pela Constituição Federal como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127 da CF). Nas ações coletivas, este órgão pode atuar como autor, já que é um dos legitimados para ajuizar estas demandas, ou como fiscal da lei, atuação esta obrigatória em todas as ações coletivas em que não for autor.



### Exemplos de pedidos Planos de saúde

"Anular o Termo de Compromisso 011/2006, celebrado entre a ANS e Porto Seguro, devendo ser aplicado, em definitivo, aos contratos firmados individualmente até 1º de janeiro de 1999, não adaptados à Lei nº 9.656/98, transferidos à Amil, e cujas cláusulas não contenham índices claros e explícitos (IGPM, IPCA, ou qualquer outro divulgado publicamente e que esteja em vigor), os índices previstos nas Resoluções Normativas da ANS para os contratos celebrados sob a égide da referida lei e que reflitam a média de reajuste do mercado de planos ou de seguros de saúde, ou, como alternativa, qualquer índice que reflita a inflação, divulgado por institutos oficiais"



### Cartões de Crédito

"seja definitivamente declarada nula e ineficaz a cláusula-mandato. Por consequência, seja condenada a Empresa-Ré a abster-se de inserir, nos contratos futuros, a aludida cláusula, sob pena de pagamento de multa para cada contrato celebrado com a inserção da mesma, atualizada monetariamente quando do seu efetivo pagamento; que os juros cobrados pela Empresa-Ré definitivamente se limitem à taxa de 12% (doze por cento) ao ano, nos termos da legislação em vigor; e seja condenada a Empresa-Ré a devolver aos consumidores os valores cobrados a título de juros acima de 12% (doze por cento) ao ano"



### Planos econômicos

seja a presente ação julgada **PROCEDENTE**, com a condenação do réu a pagar a todos os consumidores do País que mantinham cadernetas de poupança no banco Réu e nos demais bancos por ele adquiridos, que aniversariavam na primeira quinzena de Janeiro de 1989, o valor correspondente a 20,46% sobre os respectivos saldos em Janeiro de 1989, relativo à diferença entre o rendimento devido (de 43,43%), e o índice então aplicado (de 22,97%), atualizando-se tudo de acordo com os índices aplicados às cadernetas de poupança (incluídos ai os juros remuneratórios contratuais de 0,5% ao mês), com aplicação dos expurgos inflacionários já reconhecidos pela jurisprudência pátria até a data de seu efetivo pagamento, sem prejuízo de qualquer outros que venham a ser definidos em fase de execução, tudo acrescido de juros de mora contados desde a citação, bem como ao pagamento de honorários periciais e advocatícios (incidentes sobre valor de futura condenação/execução e demais cominações legais, tudo corrigido monetariamente) e despesas processuais decorrentes da sucumbência



### Transgênicos

seja julgada procedente a presente ação, condenando-se a União Federal a exigir da Comissão Técnica Nacional de Biossegurança - CTNBio a elaboração das normas a que está obrigada por Lei, relativas à segurança alimentar, comercialização e consumo dos alimentos transgênicos, normas estas que devem estar em conformidade com todo o ordenamento jurídico, especialmente a Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor e a legislação ambiental antes de apreciar qualquer pedido relativo a produto geneticamente modificado



### Execução

- Condenação genérica
- Liquidiação e execução podem ser movidas pela vítima e seus sucessores (individual), assim como por legitimados à ação civil pública (coletiva).
- Execução de direitos individuais homogêneos processada coletivamente
- Competência: o foro da liquidiação da sentença ou da ação condenatória no caso de execução e da ação condenatória, quando coletiva.

**Execução Coletiva  
(exclusivamente)**

- artigo 13 da Lei nº 7.347/1985: condenação em dinheiro revertida para o Fundo de Direitos Difusos (FDD), independente dos prejuízos individuais
- fluid recovery: caso não haja habilitação suficiente com a gravidade do dano, passado um ano, qualquer legitimado poderá promover ação cuja condenação será revertida ao FDD.

**Comparação com sistema norte-americano**

	Justiciability	Certification	Modelo
Class action	case and controversies doctrine (standing, non-relevancy, political question, ripeness, mootness, etc)	numerosity, commonality, typicality, representativeness	privado (individual)
Ação Civil Pública	condições da ação: legitimidade, interesse, possibilidade jurídica	não existente	estatal e organizacional

## The Public Civil Action according to the Brazilian Law

### Practical Aspects

#### Constitutional and Legal Provisions

- Brazilian Constitution of 1988: article 5, items XXI (standing to sue and associations representatives) and XXXII (consumer protection), article 129, item III (public and collective interests)
- Transitory Constitutional Provisions Act: article 48 (decision on the elaboration of the Consumer Protection Code)
- Law 7,347/1985: Public Civil Action Law (protection of the natural and collective rights)
- Law 8,078/1990: Consumer Protection Code [provisions on judicial procedures and definition of natural, collective and individual homogenous rights]

#### Collective Actions x Individual Actions

- Essential differences that ensure the effective equity of the proceedings and confer effective access to justice
- Perception of the impossibility to solve disputes through the liberal pattern

#### Legal Activism (more leeway and power of the judge)

#### Elaboration of Draft of Collective Actions Code

- a Brazilian Code that unifies the provisions about collective protection
- Doctrines: access to the collective law, expansion of the jurisdiction, reasonable duration and priority of the collective protection, procedural economy, instrumentality of the forms, full disclosure and publicity, mandatory/non-available/continuity of collective claim, non-restrictive collective claim; concretization of the good faith principle, maximum benefit of the collective protection, specialization of the courts.

**Natural Rights:** indivisible natural rights or public interests, which are held by indeterminate people and connected by factual circumstances. Examples: environment, advertisement, transgenic food.

**Collective Rights:** indivisible rights or interests, which are held by a group, union or class of people connected with each other or with the adverse party through a

base legal relation [a contract, for example]. Examples: workers of the same company, shareholders of a company, condominium, students of a certain school, etc.

**Homogenous Individual Rights:** rights or interests with the same origin, resulting from a fact or from the law. Legal Relation that is formed based on damage. Examples: damages caused by the improper use of a product or a service by virtue of the lack of instruction; lack of information about a service or a product.

#### Common Origin

The origin can be a fact, or a law. It does not mean a factual or temporal unit. Example: deceptive advertising on a product that is harmful to people's health published in many press means in repeated days. The damages to the consumers must be verified during a long period of time and in many regions.

#### Homogenous Feature and Common Origin

The common origin (cause of action) may be a close origin (an accident involving an airplane with lots of victims) or a remote origin (damage to people's health). The more remote the common origin, the less homogenous will be the law. Therefore, it is more difficult to verify that the collective nature prevails over the individual aspect.

#### Collective Actions for the Defense of Homogenous Individual Rights

- Adaptation of the North-American 'class actions for damages'
  - The requirements of 'predominance' and 'superiority' adapted for the effectiveness of the collective protection and fair decision
  - Analysis of the necessity, utility and adjustment of the used means.
  - Possibility of award calculation to verify the individual damages.
- Collective Actions for the Defense of Homogenous Individual Interest – Features**
- Procedure: regular proceedings. The special law (Public Civil Action or Consumer Protection Code) prevails over the general dispositions.
  - Jurisdiction: the court of the place where the damage had occurred or may occur. Simultaneous jurisdiction: the capital of the State or Federal District for national or regional damages.

#### Res Judicata

#### Secundum Eventus Litis

**Erga Omnes Effect:** for natural rights. This effect does not occur in case of groundlessness of the claim due to insufficient evidences.

**Ultra Parties Effect:** for collective rights. This effect is limited to the group, union or class. It does not occur in case of groundlessness of the claim due to insufficient evidences.

**Erga Omnes Effect** (only if the claim is granted): for benefit of the victims and their successors in case of homogeneous individual rights.

#### Standing to Sue

##### State and Organizational Bodies Standing to Sue

Public Prosecutors; Government, State, Municipalities and Federal District; entities and bodies of the direct and indirect public administration; associations legally formed for more than one year and which scope is the defense of these rights and interests.

##### The Public Prosecutors Acts

The Public Prosecutors Office is defined by the Brazilian Constitution as a permanent body, essential to the legal activities/function of the State. It shall exercise the defense of the legal order, of the democratic system and of the non-available social and individual interests (article 127 of the Brazilian Constitution). It may act in the class actions as an author since it has authority to file these claims, or it may act as the law surveyor which is its mandatory function in all the class actions in which it is not the author.

##### Examples of Claims

##### Health Insurance

"request to annul the Commitment Statement 011/2006 entered by and between ANS<sup>1</sup> and Porto Seguro, definitely applicable to the contracts executed individually up to January 1<sup>st</sup>, 1999, which had not been adapted to the Law 9,656/98 and had been transferred to Anil, which clauses do not have clear and explicit rates (IGPM, IPCA, or any other rate publicly disclosed and duly in force), the rates set forth in the Normative Rulings of ANS for the contracts entered under the referred law that reflect the average of the market indexation for health plans or insurances, or, alternatively, any rate that reflects the inflation, disclosed by official entities."

##### Credit Cards

"request that the judge determines that the 'mandate clause' is null and ineffective; consequently, requests that the Defendant Company is prohibited to include such

<sup>1</sup>Translator's note: ANS means National Supplementary Health Agency.

clause in future contracts, subject to a fine applicable to each contract where the mandate clause was included; that the fine is indexed until its effective payment date; that the interests charged by the defendant are limited to twelve percent (12%) per year, in accordance with the applicable laws in force; and that the Defendant returns to the consumers the overcharged interests."

#### Economic Plans

"request that judge grants this claim, being the defendant sentenced to pay to all the consumers of the County that kept savings accounts in the Defendant's bank and in other banks that it had acquired, which anniversary was in the first half of January 1989, the amount equivalent to 20.6% over the relevant balances in January 1989, equal to the difference between the earnings due (of 43.43%) and the used rate (of 22.97%), updated in accordance with the rates applicable to the savings account (including the contractual compensation interest of 0.5% per month), with the application of the understated inflation already known by the Brazilian case law calculated up to the date of its effective payment, without prejudice to any other that may be defined during the enforcement of the court decision, added with default interests calculated as of the summons date plus the experts' and attorneys' fees (calculated over the future award/enforcement and other legal amounts all duly indexed) and the proceeding expenses resulting from the groundless claim.

#### Transgenic

"request that the judge grants this lawsuit, determining that the Government requires that the Technical Commission of Biosafety – CTNBio makes the rules that it is supposed to make, related to food safety, sale and consumption of transgenic food. Such rules shall be in compliance with all the legal system, especially with the Brazilian Constitution, the Consumer Protection Code and the environmental laws, before it analyses any claim related to a genetically modified product.

#### Enforcement

- Generic award
- Calculation and enforcement may be carried out by the victim and its successors (individual), and by those standing to file the public civil action (collective)
- Enforcement of homogeneous individual rights carried out collectively.
- Jurisdiction: the court of calculation of the award or, in case of enforcement, the court of the condemnatory action, and in cases of a collective action, the courts of the condemnatory action.

## Collective Enforcement

{exclusively}

- Article 13 of the Law 7,347/1985: award in cash reverted to the Natural Rights Fund, regardless of individual damages.
- Fluid recovery: after one year, in case there is not enough habilitation in view of seriousness of the damage, anyone standing to sue may file a lawsuit which award will be reverted to the mentioned Fund.

Comparison with the North-American System

	<i>Justifiability</i>	<i>Certification</i>	<i>Pattern</i>
North American Class Action	Case and controversies doctrine (standing, non-reviewability, political question, ripeness, mootness, etc.)	Numerosity, commonality, typicality, representativeness	Private (individual)
Public Civil Action	Lawsuit Requirements: standing to sue, interest, cause of action	Non existent	State and organizational

## (資料2) サンパウロ弁護士会プレゼンテーション資料

### INTRODUÇÃO - DEFESA DO CONSUMIDOR

- Consumidor – palavra indicativa da pessoa que consome alguma coisa – aquele que se submete ao poder de controle dos titulares de bens de produção.
- Ganhou relevância a partir das transformações sócio-econômicas oriundas da Revolução Industrial.
- 1972 - Conferência Mundial do Consumidor em Estocolmo (International Organization of Consumer Unions – IOC)

- 1973 – a Comissão das Nações Unidas sobre Direitos do Homem – Genebra, estabeleceu que o consumidor deve gozar de 4 direitos fundamentais: i – direito à segurança; ii – o de ser adequadamente informado sobre os produtos e serviços, bem como sobre as condições de venda; iii – o direito de escolher entre bens alternativos de qualidade satisfatória a preços razoáveis; iv – o direito de ser ouvido no processo de decisão governamental

### INTRODUÇÃO À DEFESA DO CONSUMIDOR NO BRASIL

- Enquanto no direito romano clássico, a venda tem por objeto, em princípio, a coisa tal qual é, no direito Justiniano seu objeto é a coisa tal qual deveria ser.
- Significa que, se no período clássico o vendedor não respondia pelos vícios da coisa por ele desconhecidos; no direito de Justiniano essa responsabilidade lhe é atribuída mesmo no caso de ignorância (presunção absoluta de conhecimento dos defeitos ocultos pelo vendedor).
- O comprador nessa situação tinha duas ações para se proteger contra os defeitos ocultos: i – a *redhibitoria* (resOLVE o contrato) e a *quantum minoris* (abatimento do preço)
- Provando, no entanto, que o vendedor conhecia o vício da coisa, teria direito a receber a quantia paga em dobro.
- Tais normas foram recepcionadas no Código Napoleônico e consequentemente nos demais códigos do ocidente.

### DA PROTEÇÃO INDIRETA DO CONSUMIDOR NO BRASIL

- Direito tradicional (compra e venda)
- Direito Comercial (no campo da chamada "propriedade industrial", da "concorrência desleal e da repressão ao abuso do poder econômico")
- Direito Penal (fraude no comércio principalmente sobre gêneros alimentícios ou produtos farmacêuticos)
- Lei de Economia Popular (Lei nº 1.521, de 26-12-1951)
- Lei Delegada nº 4, de 26-9-1962 (que determinava a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo)

### CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

#### PREÂMBULO

- Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

### CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

- Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
  - ...
  - II - a cidadania
    - Ver CF, arts. 5º, LXXIII, LXXVII e 14
  - III - a dignidade da pessoa humana;
  - ...
- Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
  - I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
  - II - garantir o desenvolvimento nacional

### Constituição Federal de 1.988

- Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;
- Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
- VII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

### Constituição Federal de 1.988

- DAS LIMITAÇÕES DO PODER DE TRIBUTAR
- Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
  - ...
  - § 5º A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços.
- Da Ordem Económica e Financeira
- DOS PRINCÍPIOS GERAIS DA ATIVIDADE ECONÔMICA
- Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
  - V - defesa do consumidor;

### Constituição Federal de 1.988

- DA COMUNICAÇÃO SOCIAL
- Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.
- § 3º Compete à lei federal:
- II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderm de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.
- § 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

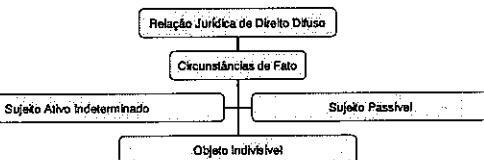
### Lei 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor

- Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, da ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.
- Norma Cogente
- Norma Princípio Lógica
- Princípio da Livre Iniciativa / Teoria do Risco do Negócio ou Atividade / Responsabilidade Objetiva do Fornecedor
- Micro-sistema de normas

### TÍTULO III Da Defesa do Consumidor em Juízo CAPÍTULO I Disposições Gerais

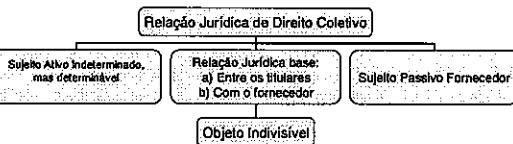
- Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.
  - - Ver CDC arts. 91 ; 93, II
- Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
  - I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;
    - - Ver CDC art.104

### Síntese Gráfica – Direito Difuso



- 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;
- Ver CDC art. 104

#### Síntese Gráfica – Direito Coletivo



- III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.
- Ver CDC arts. 91 a 100

#### Síntese Gráfica – Direito Individual Homogêneo



#### Legitimados Concorrentemente para Propositora das Ações Coletivas

- Art. 82. Para os fins do art. 81, parágrafo único, são legitimados concorrentemente: (Redação dada ao "caput" pela Lei nº 9.008, de 21.03.1995)
  - I - o Ministério Público,
  - Ver CDC art. 92
- II - a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal;
- Ver CDC art. 91
- Ver CF art. 5º, XXXII
- 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;
- Ver CDC art. 113
- Ver CF art. 5º, XXX e LXX
- IV - as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos protegidos por este código, dispensada a autorização assemblear.
- § 1º O requisito da pré-constituição pode ser dispensado pelo juiz, nas ações previstas nos arts. 91 e seguintes, quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano, ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido.

#### CAPÍTULO II Das Ações Coletivas Para a Defesa de Interesses Individuais Homogêneos

- Art. 91. Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes. (Redação dada ao artigo pela Lei nº 9.008, de 21.03.1995)
  - Ver CDC art. 81, § único, III
- Art. 92. O Ministério Público, se não ajuizar a ação, atuará sempre como fiscal da lei.

- Art. 94. Proposta a ação, será publicado edital no órgão oficial, a fim de que os interessados possam intervir no processo como litisconsortes, sem prejuízo de ampla divulgação pelos meios de comunicação social por parte dos órgãos de defesa do consumidor.
- - Ver CPC arts. 46 a 49
- Art. 95. Em caso de procedência do pedido, a condenação será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.
- 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.

### CAPÍTULO III Das Ações de Responsabilidade do Fornecedor de Produtos e Serviços

- Art. 101. Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste título, serão observadas as seguintes normas:
  - I - a ação pode ser proposta no domicílio do autor;
  - II - o réu que houver contratado seguro de responsabilidade poderá chamar ao processo o segurador, vedada a integração do contraditório pelo Instituto de Resseguros do Brasil.
- Art. 102. Os legitimados a agir na forma deste código poderão propor ação visando compelir o Poder Público competente a proibir, em todo o território nacional, a produção, divulgação, distribuição ou venda, ou a determinar a alteração na composição, estrutura, fórmula ou acondicionamento do produto, cujo uso ou consumo regular se revele nocivo ou perigoso à saúde pública e à incolumidade pessoal.

### CAPÍTULO IV Da Coisa Julgada

- Art. 103. 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 da 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 prevista 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 interindo no processo como litisconsortes poderão propor ação de indenização a título individual.
  - § 3º Os efeitos da coisa julgada de que cuida o art. 16, combinada 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 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.

- Em nome da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção de São Paulo, agradecemos a atenção dispensada, colocando-nos sempre à disposição.
- Muito obrigado.

## INTRODUCTION – CONSUMER PROTECTION

- Consumer – means a person that consumes something – a person who is subject to the power of control of the goods' producers.
- It became a relevant concept with the socio-economical changes after the Industrial Revolution.
- 1972 – Stockholm World Consumer Conference (International Organization of consumer Unions – IOCU held in Stockholm)
- 1973 – The United Nations Commission on Human Rights – Geneva, set forth that the consumer must have four essential rights: (i) – right to safety; (ii) right to be properly informed on products and services and on sales conditions; (iii) right to choose among alternative goods with satisfactory quality at reasonable prices; (iv) right to be heard in the governmental decision process.

## INTRODUCTION OF CONSUMER PROTECTION IN BRAZIL

- While the classic Roman law sets forth that the sale's object, primarily, is the thing 'as it is', the Justinian law says that the sale's object is the thing 'as it should be'.

- It means that, while in the classic period the seller was not considered liable for the good's defects of which he was not aware, according to the Justinian law the seller is liable even in those cases in which the seller ignores the defects (absolute presumption of the seller's knowledge of the hidden defects).

- In this case, the purchaser had two measures against the hidden defects: (i) the *redhibitoria* (termination the agreement) and the *quantum minoris* (the discount on the price).

- In case the purchaser proves that the seller was aware of the existence of the defect, he would be entitled to receive the double price.

- These rules were included in the Napoleon Code and consequently in the further codes of the continent.

- Traditional Law (sale and purchase)

- Commercial Law (within the areas of "intellectual property", "unfair competition and antitrust")
- Penal Law (fraud in the sale of products mainly related to sale of food or pharmaceutical products)
- Popular Economy Law (Law n. 1.521, dated December 26, 1951)
- Delegated Law n. 4, dated September 26, 1962 (that determined the intervention in the economic power to ensure the free distribution of products necessary to the people's consumption)

## BRAZILIAN CONSTITUTION

- INTRODUCTION
- In our capacity as representatives of the Brazilian people, gathered in National Constitution Meeting to form a Democratic State, aiming at ensuring the exercise of social and individual rights, freedom, safety, welfare, development, equality, and justice as supreme values of a fraternal, pluralistic and without prejudices community, founded in social harmony, domestically and internationally committed with peaceful solutions of disputes, we issue, under God's protection, the following Constitution of the Federative Republic of Brazil.

## BRAZILIAN CONSTITUTION OF 1988

- Article 1. The Federative Republic of Brazil formed by the indissoluble union of States and Cities and the Federal District, was organized as a Democratic State which principles are:
  - ...
  - II – the citizenship
  - See Brazilian Constitution, articles 5, LXXIII, LXXVII and 14
  - III – humans' dignity
  - ...
- Article 3. The fundamental objectives of the Federative Republic of Brazil are:
  - I – to form a free, fair and respectful society;
  - II – to ensure the national development;

## THE INDIRECT PROTECTION OF THE CONSUMER IN BRAZIL

- Article 5. Everyone is equal before the law, without any distinction whatsoever, and it is ensured to everyone the inviolability of the right to live, to freedom, to equality, to safety and property, pursuant to the following terms:

XXXII – The State shall promote, pursuant to the law, the consumer protection;

- Article 24. The Government, the States and the Federal District have the authority to legislate about:

VIII – liability for damages to the environment, consumer, goods and rights with artistic, esthetic, historical, touristic and landscape values;

#### THE LIMITATIONS OF THE POWER TO TAX

- Article 150. Without prejudice to any other guarantees given to the taxpayer, the Government, the States and the Federal District are not allowed to:

...

§ 5<sup>th</sup> – The law shall determine measures so that the consumers may be clarified about the taxes that levy on the products and services.

- The Financial and Economic Policy

#### GENERAL PRINCIPLES OF THE ECONOMIC ACTIVITY

- Article 170. The economic policy, based on the appreciation of the human work and on the free initiative, aims at ensuring to everyone a dignity existence, pursuant to the social justice rules, observing the following principles:

- V – Consumer protection;

#### SOCIAL COMMUNICATION

- Article 220. The manifestation of the thoughts, the creation, the expression and information, under any form, process or vehicle shall not suffer any restriction, observing the Brazilian Constitution's provisions.

- §3<sup>rd</sup> It is the federal law's authority;

- II – to set forth the legal means that ensure to the person and to the family the possibility of protecting themselves against radio and TV programs that violate the provision of Article 221, and against the advertisement of product, practices and services that may be harmful to the health and to the environment.

- §4<sup>th</sup> The commercial advertisement of tobacco, alcoholic beverages, agro-toxic products, medications and therapies shall be subject to the legal restrictions, in accordance with item II of the previous paragraph, and shall contain, whenever deemed necessary, an alert about the harm caused by their use.

#### LAW N. 8,078 – CONSUMER PROTECTION CODE

- Article 1. This code provides public order rules of protection and defense of the consumer, with social interest, pursuant to article 5, XXXII, 170, item V, of the Brazilian Constitution and article 48 of its Transitory Provisions.
- Cogent rule (mandatory rule)
- Doctrine rule
- Doctrine of Freedom of Enterprise / Risk of the Business or of the Activity / Strict Liability of the Supplier
- Micro-system of rules

#### TITLE III

##### CONSUMER DEFENSE IN COURT

###### CHAPTER I

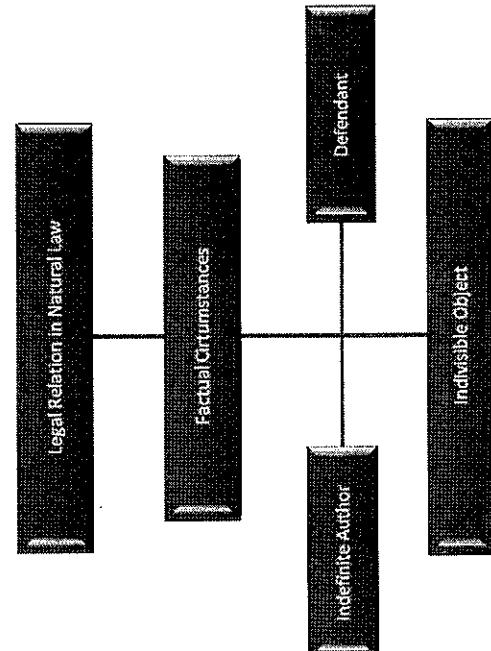
###### GENERAL PROVISIONS

- Article 81. The defense of the interests and rights of the consumers and the victims may be individually or collectively exercised in court.
- See Consumer Protection Code, articles 91; 93, II
- Sole Paragraph. The collective defense shall be exercised in the following cases:

- I – in case of natural rights or public interests, understood as the collective and indivisible rights, related to indefinite people and connected by factual circumstances;

- See Consumer Protection Code article 104

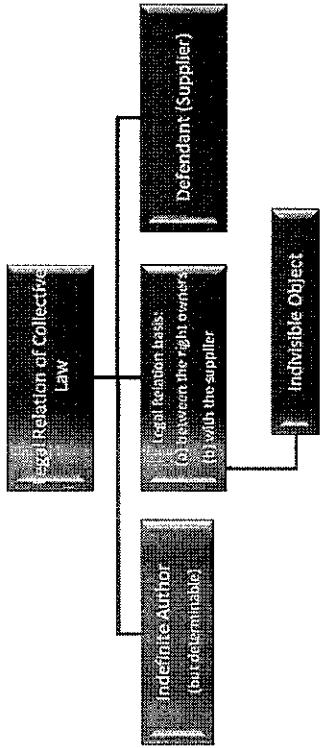
Graphic - Natural Law



- II – collective interests or rights, which means, for the purposes of this code, the indivisible collective interests or rights of a group, union or class of people connected with each other or with the adverse party by a base legal relation;

- See Consumer Defense Code article 104

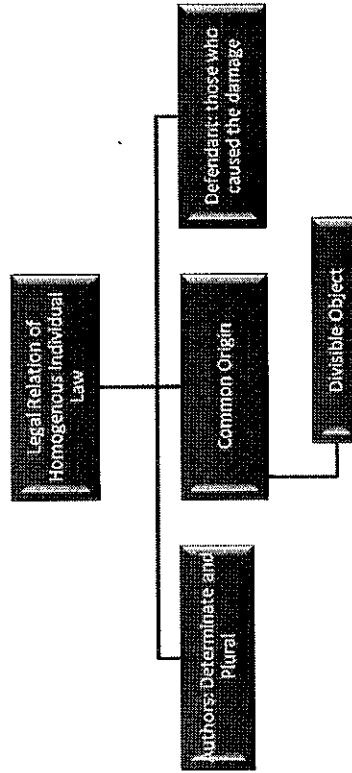
Graphic Synthesis – Collective Law



- III – interests or individual homogeneous rights, meaning those arisen from a common origin.

- - See Consumer Defense Code articles 91 to 100

#### Graphic Synthesis – Homogenous Individual Right



#### Standing to File Collective Lawsuits

- Article 82. For the purposes of article 81, sole paragraph, the following persons are standing to sue (Wording Given by the Law 9,008, dated 03.21.1995):

#### Graphic Synthesis – Homogenous Individual Right

- I – Public Prosecutor,
  - See Consumer Protection Code article 92
- II – the Government, the States, the Municipality and the Federal District;
  - See Consumer Protection Code article 91
- III – the entities and bodies of the Public Administration, direct or indirect, even those which are not legal entities, which specific scope is the defense of the interests and rights protected by this code;
  - See Brazilian Constitution article 5, XXXII
- IV – the associations legally formed for more than one year, which scope includes the defense of the interests and rights protected by this code, regardless of previous approval of the members in a general meeting.
- §1<sup>st</sup>. The requirement related to the formation for more than one year may be dismissed by the judge in the lawsuits set forth in articles 91 and following, when there is a clear social interest evidenced by the dimension or feature of the damage, or by the relevance of the legal interest to be protected.

#### CHAPTER II

#### Collective Actions for the Defense of the Homogenous Individual Rights

- Article 91. Those mentioned in article 82 as standing to sue may propose, on their behalf or at the interest of victims or their successors, a collective civil action of liability for the damages individually suffered, pursuant to the provisions of the following articles (Wording given by Law 9,008, dated 03.21.1995).
  - See Consumer Defense Code article 81, sole §, III.
  - Article 92. If the Public Prosecutor does not file the lawsuit, it will always act as a law surveyor.
  - Article 94. Once the lawsuit is filed, a call notice shall be disclosed in the official entity, so that the interested parties may intervene in the proceedings as co-plaintiffs, without prejudice to the full disclosure through the social communication means by the consumer protection bodies.
    - See Consumer Protection Code articles 46 to 49
  - Article 95. In case the lawsuit is granted by the judge, the award shall be generic, fixing the liability of the defendant for the damages caused.
  - Article 97. The liquidation and the enforcement of the decision may be carried out by the victim and its successors, as well as by those that are standing to sue as mentioned by article 82.

### CHAPTER III

#### Liability Lawsuits of the Provider of Products and Services

- Article 101. The liability lawsuit against the Provider of Products and Services, without prejudice to the provisions of Chapters I and II of this Title, shall observe the following rules:
  - I – the lawsuit may be filed in the author's domicile;
  - II – the defendant that had contracted insurance of liability may call the insurer to come to the lawsuit, noting that the Brazilian Reinsurance Institute is not allowed to intervene.
- Article 102. Those that are standing to sue in accordance with this code may file a lawsuit to force the Government to prohibit, within the national territory, the production, disclosure, distribution or sale of product, which regular use or consumption is dangerous or harmful to the public health and to

personal safety, or to determine the alteration in the composition, structure, formula or allocation of such products.

### CHAPTER IV

#### *Res Judicata*<sup>1</sup>

- Article 103. The decision shall be deemed *res judicata*:
  - I – *Erga Omnes*<sup>2</sup>, except if the claim is groundless due to insufficient evidences, case in which anyone standing to sue may file another lawsuit with identical ground and using the same evidences, pursuant to item I of sole § of article 81;
  - II – ultra parties, but limited to the group , union or class, except in case of groundless claim due to insufficient evidences according to the previous item, in the cases provided in item II of the sole § of article 81.
  - III – *Erga Omnes*, only if the claim is granted by the judge, to benefit all the victims and their successors, in case of item III of the sole paragraph of article 81.
  - § 1<sup>st</sup> The effects of the *res judicata* set forth in items I and II shall not cause any harm to individual rights and interests of the members of the society, group, union or class.
  - § 2<sup>nd</sup> In the cases set forth in item III, if the claim is groundless, the interested persons who had not intervened in the lawsuit as co-plaintiffs, may file a lawsuit for individual indemnification.
  - § 3<sup>rd</sup> The effects of the *res judicata* mentioned in article 16 combined with article 13 of the Law 7,347, dated July 24, 1985, shall not prejudice the lawsuits of indemnification for individual damages, the lawsuits filed individually or those filed in accordance with this code; but, in case the claim is granted, the decision effects shall benefit the victims and their successors who may liquidate and enforce it pursuant to articles 96 to 99.
  - §4<sup>th</sup> The provisions of the previous paragraph is applicable to the criminal awarding-making decision.

<sup>1</sup> Translator Note: "Res judicata" is the name given by those decisions that cannot be discussed anymore and which object cannot be repeated in another lawsuit.

<sup>2</sup> Translator's note: "Erga Omnes" means that something (a decision in this case) is valid and enforceable against everybody and not only between the parties.

- Article 104. The collective actions, set forth in items I and II and in the sole paragraph of article 81, do not induce *'is alibi pendens'*<sup>3</sup> with regard to the individual lawsuits, but the effects of the *res judicata erga omnes* or ultra parties as mentioned in items II and III of the previous article shall not benefit the authors of the individual lawsuits if the suspension of such lawsuits is not requested within thirty days counted as of the written knowledge of the collective lawsuit.

- We thank you for the attention on behalf of the Brazilian Bar Association  
– Section of São Paulo. We remain at your disposal.

Thank you.

---

<sup>3</sup> Translator's note: 'Is alibi pendens' means the existence of a lawsuit pending elsewhere.



## A FEDERAÇÃO DAS ORDENS DE ADVOGADOS DO JAPÃO

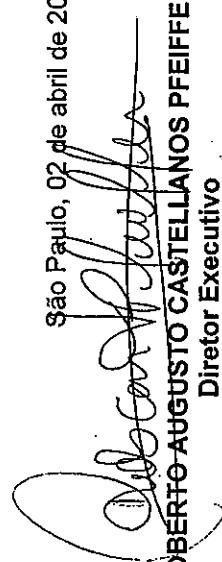
A/C Dr. Flávio T. Oshikiri

Prezados Senhor,

A propósito da Missão de Pesquisa sobre Ações Coletivas no Brasil que Vossa Senhoria representa, apresentamos as respostas às questões que nos foram formuladas. Anexamos, ainda, material exemplificativo da nossa atuação judicial, registrando a colaboração da Assessoria Jurídica desta Fundação na pessoa do Dr. Valter Antonio Farid Junior, Procurador do Estado.

São essas as nossas considerações.

São Paulo, 02 de abril de 2009.

  
**ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER**  
Diretor Executivo

  
**ANDREA SILVA SOUZA SANCHEZ**  
Diretora Adjunta de Programas Especiais

**Quais as diferenças entre os interesses e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos?**

Resposta:

O art. 81, parágrafo único, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) trouxe as definições dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A partir das definições legais, podemos traçar as seguintes distinções:

### Quanto ao aspecto subjetivo

Os direitos difusos e coletivos são transindividuais, ou seja, não têm titular individualmente determinado.

Nos direitos difusos há uma indeterminação absoluta dos titulares. Os vários titulares estão ligados entre si por mera circunstância de fato.

Nos direitos coletivos há uma determinação relativa dos titulares. Os vários titulares estão ligados entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica-base.

Os direitos individuais homogêneos, por sua vez, são direitos tipicamente individuais, e há perfeita identificação dos sujeitos que saem seus titulares.

### Quanto ao aspecto objetivo

Os direitos difusos e coletivos são indivisíveis, não podem ser satisfeitos nem lesados senão em forma que afete a todos os possíveis titulares.



Já os direitos individuais homogêneos são divisíveis, podem ser satisfeitos ou lesados de forma diferenciada e individualizada, lesando um ou alguns sem afetar os demais.

**Exemplos:**

**Violação de direito difuso:** veiculação de publicidade enganosa via televisão ou jornal. Atinge-se um número indeterminado de pessoas, ligadas por circunstância de fato (estarem assistindo a publicidade via televisão ou lendo o mesmo jornal).

**Violação de direito coletivo:** aumento ilegal de prestações de um consórcio, de mensalidades de plano de saúde ou de mensalidades escolares. O interesse em ver reconhecida a ilegalidade do aumento é do grupo de forma indivisível (consorciados vinculados à empresa, consumidores da operadora de plano de saúde, alunos matriculados no estabelecimento de ensino).

**Violação de direitos individuais homogêneos:** condenação à devolução de valores indevidamente pagos a plano de saúde, em razão de aumento contrário à lei (obrigação de dar); assistência material e informativa aos passageiros de voos atrasados ou cancelados (obrigação de fazer).

**Gostaríamos de conhecer os casos concretos de interesses e direitos difusos, interesses e direitos coletivos e os interesses individuais e direitos coletivos. Quais seriam as diferenças entre os interesses e direitos em questão.**

Atualmente, existem 23 ações civis públicas em andamento movidas pela Fundação PROCON-SP em face de fornecedores de produtos e serviços.

As ações são patrocinadas pela Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, que atua mediante convênio firmado entre a PGE e a Fundação PROCON-SP. Dentre elas, destacam-se as seguintes (cópias das petições iniciais anexas).

**a) ACP - Tarifa Social de Baixa renda - Energia Elétrica.**

**Réus:** União e ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica.

**Objeto:** Questionamento dos critérios de concessão do benefício (contas de luz subsidiadas para população de baixa renda), em especial efetiva inscrição da pessoa carente no programa "Bolsa Família" e tipo técnico de ligação (monofásica ou bifásica).

**Tipo de interesse:** Difuso.

**Fase atual:** Ação de abrangência nacional, julgada parcialmente procedente com o fim de dispensar a efetiva inscrição no programa social "Bolsa Família", já que nem todos os municípios do País têm efetivado o cadastramento, bastando a apresentação de simples declaração de pobreza.

**Benefício garantido** mediante apresentação de simples declaração de pobreza junto à concessão, em substituição ao cartão do "Bolsa Família", mediante liminar deferida em ação cautelar incidental distribuída por dependência, que ataca Resolução da ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica – editada no curso da ação civil pública e após a sentença ali proferida, que previa o cadastramento de consumidores não titulares do "Bolsa Família".

**b) ACP - Seguros de Vida.**

**Réus:** União Federal e SUSEP – Superintendência de Seguros Privados

**Objeto:** Declaração da ilegalidade de circulares da SUSEP que permitem a revisão/resolução unilateral dos contratos de seguro de vida em vigor. Ação que abrange a 3ª Região da Justiça Federal (Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul).

**Tipo de interesse:** Individual homogêneo.

**Fase atual:** Ação julgada improcedente, apesar das liminares favoráveis ao consumidor que foram concedidas no curso da ação. Pende recurso de apelação do PROCON. Ação de elevada repercussão econômica.

**c) ACP Caos do Setor Aéreo Brasileiro.**

**Réus:** Companhias Aéreas Nacionais, União, ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil) e INFRAERO.

**Objeto:** Assistência material e informativa em caso de atraso/cancelamento de vôo e reparação de danos, com base no Código de Defesa do Consumidor e não no Código Brasileiro de Aeronáutica (CBA), prejudicial ao passageiro.

**Tipo de interesse:** Individual homogêneo

**Fase atual:** Liminar concedida para determinar prestação de assistência material e informativa nos padrões do CDC e não do Código Brasileiro de Aeronáutica, sob pena de multa diária.

**d) ACP Schering – “Pílulas de Farinha”.**

**Réu:** Schering Química e Farmacêutica LTDA.

**Objeto:** Indenização coletiva em razão da empresa ter introduzido no mercado pílulas contraceptivas de farinha (“placebos”), ineficazes ao fim que se destinam.

**Tipo de interesse:** Individual homogêneo.

**Fase atual:** Ação julgada procedente: dano moral coletivo de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

**e) Ação anulatória de acordo firmado entre o Ministério Público de São Paulo e a Sulamérica S/A**

**Réus:** Sulamérica Seguro Saúde S/A e Ministério Público do Estado de São Paulo

**Objeto:** Invalidação de acordo feito, em Ação Civil Pública, entre as partes, com conteúdo lesivo a 90.000 consumidores (elevação, mediante acordo, de percentual de reajuste garantido em sentença transitada e em contrariedade ao Código de Defesa do Consumidor). Alto impacto econômico.

**Tipo de interesse (na ação civil pública):** Coletivo/ individual homogêneo.

**Fase atual:** O Ministério Público do Estado de São Paulo, na pessoa do Procurador Geral de Justiça, concordou com o pedido. Apesar disso, a ação foi julgada improcedente. Pende recurso de apelação.

**f) ACP - Reajuste indevido de Plano de Saúde.**

**Réu:** Hospital Adventista de São Paulo

**Objeto:** Nulidade de cláusula contratual que permite reajuste unilateral de mensalidade com base em “custo paciente-dia” e VCMH e reembolso dos consumidores.

**Tipo de interesse:** Coletivo / Individual homogêneo.

**Fase atual:** Ação julgada procedente, com trânsito em julgado. Em fase de execução.



**g) ACP - Título de capitalização travestido de "compra planejada" de produto.**

Réu: Sul América Capitalização S/A

**Objeto:** Proibição de publicidade/ oferta/ venda de título de capitalização travestido de venda programada de produto. Oferta como "venda programada" de produtos como automóveis, só que, na verdade, tratava-se de venda de título de capitalização que, somente no seu final, reverteria em renda ao consumidor que poderia ou não adquirir o produto desejado. Violação à boa-fé do consumidor.

**Tipo de interesse:** Difuso/ individual homogêneo

**Fase atual:** Ação julgada procedente em 1<sup>a</sup> e 2<sup>a</sup> instâncias.  
Sem trânsito em julgado

Resposta:

**Gostaríamos de conhecer casos concretos de ações coletivas de consumidores com base nestes interesses e direitos. Se for possível, gostaríamos de ter acesso a algumas petições iniciais de ações em curso. Terímos interesse em saber se poderíamos disponibilizar cópias destes documentos ou textos relativos a ações coletivas de consumidores para o uso interno da nossa missão.**

Resposta:

Favor verificar resposta anterior, com a descrição de casos concretos levados à Justiça pela Fundação Procon-SP e cópias das petições iniciais anexas.

Caso haja uma ação coletiva movida por uma associação de consumidores, é possível que consumidores individuais que pertençam a mesma classe, mover ações individuais com base nos mesmos direitos e interesses?

Resposta:

O art. 104, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), dispõe que a existência de ação coletiva não induz litigância em relação à ação individual.

Sendo assim, o ajuizamento de ação coletiva por associação não inibe a propositura de ações individuais pelos consumidores com base nos mesmos direitos.

**Se for possível mover ações individuais, então, como ficaria a relação entre as ações coletivas e ações individuais? Gostaríamos de tomar conhecimento, caso haja algum caso concreto neste sentido.**

Resposta:

O art. 104, da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), oferece duas opções ao consumidor, autor da ação individual. Ele poderá optar por:

- a-) ser incluído na coisa julgada coletiva, que poderá lhe beneficiar em caso de procedência da ação proposta pela associação, mediante suspensão da sua ação individual; ou

- b-) prosseguir em sua ação individual, ficando excluído da coisa julgada coletiva favorável que poderá formar-se na ação proposta pela associação.

O legislador brasileiro, assim, optou pelo princípio da integral liberdade de adesão ou não ao processo coletivo.

**De acordo com o artigo 81 do CDC, interesses e direitos individuais homogêneos, são os interesses e direitos de origem comum. Gostaríamos de saber, a definição e de forma pormenorizada, qual seria a "origem comum".**



Resposta:

Origem comum é a mesma causa fática ou jurídica (queda de avião, produtos defeituosos, veiculação de publicidade enganosa ou abusiva, etc.) geradora de pretensões individuais a um grande número de titulares, permitindo, por guardarem grau de afinidade suficiente, a sua tutela por meio de ação coletiva.

**Soubemos que as ações coletivas no Brasil para resarcimento de danos individuais são ações coletivas para discussão de pontos controversos?**

**Que ações coletivas seriam estas “ações coletivas para discussão de pontos controversos”?**

Resposta:

A ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos representa um instrumento processual alternativo à propulsora de ações individuais.

Do ponto de vista de política judiciária, as ações coletivas buscam inibir o ajuizamento de um grande número de ações individuais com o mesmo objeto e também a potencial existência de decisões judiciais contraditórias sobre o mesmo tema.

Nessa perspectiva, entendemos que as questões fáticas e jurídicas controversas, por exemplo, o defeito de fabricação de um produto, que exige prova técnica, sejam enfrentadas uma única vez no âmbito de uma ação coletiva, assegurando, portanto, a uniformidade de tutela judicial conferida à vítimas.

**Que tipos de ações que envolvem consumidores seriam apropriadas para ações coletivas? Quais seriam as ações que não seriam apropriadas?**

Resposta:

Sempre que houver violação a qualquer direito difuso, coletivo e individual homogêneo dos consumidores, a princípio, seria apropriada a utilização da ação coletiva.

A análise da adequação/inadequação de uma pretensão jurisdicional depende da análise de cada caso concreto, a partir do qual se realizam estudos de viabilidade.

**Quando “cada um dos casos envolvem pequenos valores, mas há numerosos casos envolvendo muitas vítimas”, não se pode esperar que haja ações individuais devido a custos processuais?**

**Qual o papel desempenhado pelas ações coletivas no Brasil, na salvaguarda destes casos de consumidores vítimas?**

Resposta:

Nos caso envolvendo pequenos valores, as ações coletivas cumprem o papel de ampliar o acesso à Justiça das vítimas. Ou seja, as ações coletivas exercem papel fundamental para a eliminação destas lesões que, embora individualmente pequenas, redundam em grande prejuízo à coletividade. Como exemplo, pode-se mencionar ação destinada ao reembolso de quantia indevidamente cobrada por instituição financeira de seus consumidores (v.g., seguro contra perda e roubo de cartão de crédito no valor de R\$ 3,00).

## 2.2. Números de casos de ações coletivas



**Quantas ações coletivas já foram movidas por sua entidade? Gostaríamos que informasse os casos concretos, números e tipos de ações.**

Resposta:

Atualmente, existem 23 ações coletivas em andamento.

Sobre elas, vide resposta já apresentada no corpo deste questionário e cópias de peticões iniciais anexas.

**As associações de consumidores que movem ações coletivas devem enfrentar questões financeiras bem como a de recursos humanos para enfrentar diversas situações. De que forma a entidade de V.S. resolve estas questões?**

Resposta:

O Procon-SP é uma fundação com personalidade jurídica de direito público, mantida com recursos oriundos de dotação orçamentária, consignada anualmente no orçamento do Estado de São Paulo.

A lei de regência da entidade prevê, ainda, como recursos da Fundação, "as subvenções que lhe venham a ser atribuídas pela União, por outros Estados e Municípios, ou por quaisquer instituições públicas ou entidades privadas de utilidade pública estadual"; "as doações, auxílios, contribuições, patrocínios ou investimentos que venha a receber de instituições públicas ou entidades privadas de utilidade pública estadual"; "as receitas próprias decorrentes de serviços prestados"; "a renda de seus bens patrimoniais" e "proveniente da aplicação de penalidades por infrações às normas legais de proteção e defesa do consumidor", e "o rendimento de aplicações financeiras sobre

saldos disponíveis" (art. 7º, inciso II a VII, da Lei Estadual nº 9.192/95).

### **2.3. Questões Práticas de ações coletivas**

**Há diferença de procedimento entre as ações coletivas e as ações ordinárias?**

Resposta:

Sim. O procedimento das ações coletivas está disciplinado na Lei nº 7.347, de 24.07.1985, conhecida como Lei da Ação Civil Pública, bem como na Lei nº 8.078/90(Código de Defesa do Consumidor), diplomas que compõem o denominado núcleo legislativo do processo coletivo ou microssistema processual coletivo. A aplicação do Código de Processo Civil em matéria de processo coletivo é subsidiária.

**Favor informar os casos concretos de pedidos nas ações coletivas.**

Resposta:

Verificar resposta já apresentada neste questionário.

**Há casos em que ações coletivas terminam em acordo? Neste caso, que tipo de problema podem surgir? Se houver algumas questões particulares a ações coletivas, favor informar.**

**Nos Estados Unidos, um dos maiores problemas são os acordos "de conluio" que acabam surgindo entre as partes. Haveria questões idênticas no Brasil?**

Resposta:



Os legitimados para a propositura de ações coletivas não são titulares dos interesses ou direitos dos consumidores objeto da demanda. Não podem, por isso, praticar qualquer ato que implique na disposição do interesse ou direito material envolvido, como renúncia, confissão, transação, etc.

#### **Compromisso de Ajustamento de Conduta**

O art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/85, (Lei da Ação Civil Pública), todavia, estabelece que "os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial".

Inicialmente, vale dizer que o referido dispositivo, ao fazer menção apenas aos órgãos públicos, negou às pessoas jurídicas de direito privado a possibilidade de celebrar o compromisso. Por isso, apenas os legitimados que tenham natureza de direito público, o Ministério Público, Defensória Pública, etc.

O compromisso de ajustamento não poderá dispor do direito material envolvido, restringindo-se a estipular modo, tempo e lugar do cumprimento das obrigações destinadas a reparar as lesões causadas aos direitos dos consumidores.

Em se tratando de direitos individuais homogêneos, com a ocorrência de danos individuais (materiais e morais), é possível a estipulação de valores a serem ofertados aos consumidores lesados a título de indenização, mas apenas de forma alternativa. As vítimas não ficam vinculadas aos valores fixados no compromisso e continuam com o direito de pleitear, inclusive judicialmente mediante a propositura de ações individuais, quantia indenizatória que considerem mais satisfatória à recomposição dos danos sofridos.

Caso o termo de ajustamento de conduta tenha sido celebrado no curso de ação coletiva, fica o mesmo sujeito à homologação judicial.

#### **Desistência da ação coletiva**

Vale dizer que o art. 5º, § 3º, da Lei nº 7.347, de 24.7.1985, com redação determinada pela Lei nº 8.078 (CDC), estabelece que "Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa."

Trata-se de regra que expressa o princípio da indisponibilidade mitigada da ação coletiva.

As associações civis, de acordo com o referido dispositivo, poderão desistir da ação coletiva proposta, desde que a desistência seja fundada, critério a ser apreciado judicialmente.

À vista do exposto, podemos concluir que existem limites à atuação dos legitimados, inibindo, assim, a realização de acordos de conluio.

*Nos casos individuais, de que forma se define o coletivo?  
Poderia citar alguns casos concretos ?*

Resposta:

É necessário observar, nos casos individuais, a larga expressão numérica e a determinação dos sujeitos, e a indivisibilidade do bem jurídico para que se possa visualizar a configuração de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos.

*Nas ações individuais movidas após as ações coletivas para discussão de pontos controversos, deve se provar*



**que o autor pertence aquele grupo ou classe (relação de causa e efeito), e também o escopo do prejuízo material objetivo e o seu valor. Há, neste caso, algum problema específico que distingue de uma ação ordinária?**

Resposta:

Nas ações coletivas para tutela de direitos individuais homogêneos, as questões enfrentadas são aquelas que dizem respeito ao núcleo de homogeneidade dos direitos individuais afirmados na demanda, ou seja, às questões fáticas e jurídicas que são comuns à universalidade dos direitos demandados.

O juízo recairá sobre a existência da obrigação do devedor, a identidade da prestação devida e a natureza da prestação devida.

Na ação individual, as questões enfrentadas são ampliadas, porque há também o julgamento específico sobre quem é o titular do direito e qual é a prestação a que especificamente faz jus – *quantum debatur*.

Em relação às ações coletivas para tutela de direitos difusos e coletivos, a cognição é ampla, envolvendo todos os aspectos da controvérsia, como em qualquer procedimento comum ordinário.

**Existe o procedimento "Discovery" no processo civil? Se houver, o citado procedimento "Discovery" pode vir a ser útil na ação coletiva de consumidores? Se não houver, considera que o procedimento "Discovery" pode ser útil na ação coletiva dos consumidores?**

Resposta:

Não há o procedimento citado, que se mostra incompatível com o sistema processual civil brasileiro. A sua utilidade na ação

**coletiva dos consumidores depende da sua existência e compatibilidade com o sistema adotado no direito processual civil japonês.**

**De que forma irá coletar informações sobre prejuízos que os consumidores podem vir a ter para formar uma ação coletiva? Seria através das vítimas que trouxerem os casos para os escritórios de advocacia, ou quando a imprensa noticiou acerca dos consumidores vítimas? Os advogados especialistas ou as entidades de apoio aos consumidores podem contatar, os autores de forma objetiva, de tal maneira que possam permitir a formação de grupos de autores visando uma ação coletiva?**

Resposta:

No caso desta Fundação Procon-SP, as informações que subsidiam as ações coletivas são obtidas, principalmente, através das reclamações formuladas pelos consumidores junto à Diretoria de Atendimento e Orientação ao Consumidor - DAOC.

**De acordo com o professor Gidi, quando as ações coletivas para discussão de pontos controversos tiverem êxito, cada um dos membros individuais da ação poderá propor as respectivas ações junto a Justiça, demonstrando ser o autor, um membro da ação coletiva (relação de causa e efeito), devendo provar o escopo e o valor do prejuízo, de forma objetiva. Além disso, o Direito Brasileiro estipula que um número suficiente de membros a classe deve propor ação indenizatória individual e se isso não ocorrer, admite ao autor representante da ação coletiva, o poder de executar a sentença coletiva, devendo o autor representante, neste caso, provar o montante do prejuízo que tiveram todos os membros da ação coletiva; O valor total da ação será destinada a um fundo governamental, e**



*será utilizada para proteção dos direitos de uma classe próxima as vítimas.*

*A explicação está correta? Se estiver correta, favor citar algum (alguns) casos concretos. E de que forma o autor Representante irá efetuar a prova total do prejuízo que surgiu a todos os membros da classe?*

*Resposta:*

De acordo com a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), a sentença proferida na ação coletiva que busca o resarcimento dos danos individualmente sofridos será genérica, fixando a responsabilidade do réu pelos danos causados.

Caberá ao interessado, vítima ou seu sucessor, a iniciativa de promover, individualmente, a liquidação do dano e respectiva execução.

Permite-se, no entanto, a execução coletiva na forma do art. 98, do Código de Defesa do Consumidor, promovida pelos legitimados e em benefício de grupos de credores.

Na hipótese de a sentença coletiva não vir a ser objeto de liquidação pelas vítimas ou sucessores, ou ainda se os interessados que se habilitarem forem em número incompatível com a gravidade do dano, os legitimados (associações, Ministério Público, etc.) poderão requerer a avaliação e quantificação dos danos causados, a execução da quantia, e a indenização pelo dano globalmente causado será destinada ao Fundo criado pela Lei nº 7.347/85 (art. 100, do CDC).

*Favor explicar sobre o significado da sentença numa ação coletiva no Brasil;*

*Resposta:*

*Nas ações coletivas para tutela de direitos difusos, a improcedência do pedido faz coisa julgada erga omnes, impedindo a renovação da ação com a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, salvo se a sentença tiver como fundamento a insuficiência de provas, caso em que qualquer dos legitimados poderá intentar nova ação (art. 103, I, do CDC).*

*Nas ações coletivas para tutela de direitos coletivos, a coisa julgada alcança o grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base, e impede a renovação da ação, salvo estando a improcedência calcada na insuficiência de provas (art. 103, II, do CDC). Se a ação for julgada improcedente com a avaliação das provas produzidas, o efeito *ultra partes* impede a propositura de nova ação coletiva, mas não fica impedido o ajuizamento de ações individuais.*

*Nas ações coletivas para tutela dos direitos individuais homogêneos, a sentença de procedência opera efeitos erga omnes. Na hipótese de o pedido ser julgado improcedente, não ficam prejudicadas as iniciativas individuais, salvo quanto aqueles que eventualmente figuraram na ação coletiva como litisconsortes (art. 103, III).*

*Qual o papel de uma entidade de consumidores numa ação coletiva de consumidores?*

*Resposta:*

As entidades de consumidores, por quanto legitimadas a propor ações coletivas, viabilizam o acesso à Justiça de consumidores que, individualmente, a ela não recorreriam para obter a reparação de seus direitos.



***Na sua opinião, quais são os pontos benéficos e malefícios de uma ação coletiva?***

Resposta:

Compete à Fundação Procon-SP executar, no âmbito do Estado de São Paulo, a política estadual de proteção e defesa do consumidor, razão pela qual sendo necessária a intervenção judicial para a consecução dos nossos objetivos nos valermos do instrumento da ação coletiva.

Com a criação de um Código de Processo Coletivo, cujo anteprojeto está em fase de discussão por renomados juristas, cremos que haverá uma sistematização maior do processo civil coletivo.

(資料3) サンパウロ州PROCONからの回答書(英訳)

SECRETARY OF JUSTICE AND CITIZENSHIP DEFENSE  
CONSUMER PROTECTION AND DEFENSE FOUNDATION (PROCON-SP)  
EXECUTIVE OFFICE

*What are the differences between the "diffuse", collective and homogeneous individual rights?*

Dear Sir,

TO JAPAN FEDERATION OF BAR ASSOCIATIONS

C/o Dr. Flávio T. Oshikiri

In regard to the Research Commission concerning collective actions in Brazil, which you represent, we provide you with the answers to the questions submitted to us. Furthermore, we attach hereto, examples of our court work, drawing attention to the cooperation of this Foundation Legal Assistant, Mr. Valter Antonio Farid Junior, State Attorney.

São Paulo, April 2<sup>nd</sup>, 2009

ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER  
Executive Officer

Andrea Silva Souza Sanchez  
Special Programs Adjunct Officer

Answer:

Article 81, sole paragraph, of Law 8,078/90 (Consumer Protection Code) brought the definition for "diffuse", collective and homogeneous individual rights. Based on the legal definitions, we can determine the following distinctions:

**Personal aspect**

The "diffuse" and collective rights are transindividual, i.e., they don't have a single determined holder.

In the "diffuse" rights, there is an absolute indetermination of its holders. The many holders are connected by mere factual circumstances.

In the collective rights there is a relative determination of its holders. A base jural relation connects the many holders, among themselves or with the adverse party.

The homogeneous individual rights, on its turn, are typically individual rights, and there is a definite identification of its holders.

**Objective aspect**

The "diffuse" and collective rights are indivisible; they cannot be satisfied nor injured if not affecting all possible right holders.

As regards the homogeneous individual rights, they are divisible, and they may be satisfied or injured distinctly and individually, injuring one or some without affecting the others.

**Examples:**

**"Diffuse" Right violation:** deceptive advertisement via television or newspaper disclosed to the public. It reaches an indeterminate number of people, connected by factual circumstances (they see the advertisement through television or read the same newspaper).

**Collective rights violation:** illegal raise of a "consórcio"<sup>1</sup>, healthy insurance plan or school monthly fees. The whole group has interest in the recognition of the illegal raise, in an indivisible manner, such as retail clients connected to a company, clients of the same health insurance company, and students of the same school.

**Homogeneous individual rights violation:** a court decision determining: the refund of undue amount paid to health insurance companies for illegally fee raise ("obligation to give"); the material assistance and information to passengers of delayed or cancelled flights ("positive covenant").

**We would like to be informed of real cases of interests and "diffuse" rights, interests and collective rights and the individual and collective interests. What are the differences between interests and rights?**

Today, there are 23 public civil actions being processed, brought to court by PROCON-SP Foundation, against product and service suppliers.

An attorney from the State Attorney Office of São Paulo (PGE) is the legal counsel for those claims, who acts by a mutual agreement executed between PGE and PROCON-SP Foundation.

**Examples:**

We draw attention to the following claims (copies of the initial complaints attached herein).

a) Public Civil action (ACP) – Low Income Social Tariff – Electric Energy

Defendants: Federal Government and ANEEL – Electric Energy National Agency.

**Object:** Questioning of the criteria for the benefit concession (electricity bills subsidized for low income people), especially the enrollment of extremely poor people in the "Bolsa Família", a Government program that provides cash transfers to extremely poor families and technical type of connection (mono-phase or bi-phase).

Type of interest: "Diffuse"

**Ongoing stage:** Action with national extent, partially granted for the plaintiffs, exempting from the obligation of enrollment in the "Bolsa Família" program, since not all Municipalities have an effective data base. The presentation of simple poverty declaration is sufficient for the matter.

Benefit secured by the presentation of simple declaration of poverty to the concessionaire, instead of the "Bolsa Família" card, as per preliminary order granted in incident provisional remedy against ANEEL—Electric Energy National Agency Resolution, enacted during prosecution of the public civil action and after the decision, which determined the disenrollment of consumers not registered in the "Bolsa Família".

<sup>1</sup>Translator's note: The Word "consórcio" in Portuguese means a closed pool of retail clients. There is no word with the exact same meaning in the common law system.

b) ACP –Life Insurance

**Defendants:** Federal Government and SUSEP – Private Insurance Superintendence.

**Subject:** Declaration of illegality of SUSEP rules, which allow the unilateral alteration/termination of life insurance agreements in force. Action brought to the 3<sup>rd</sup> Federal Circuit Court (São Paulo and Mato Grosso States).

**Type of interest:** Homogeneous individual.

**Ongoing stage:** The action was dismissed with prejudice, despite preliminary orders granted to the plaintiff, during the prosecution. PROCON has appealed, but there is no judicial decision so far. Claim with highly economic repercussion.

c) ACP Brazilian Airline Sector chaos

**Defendants:** Brazilian Airline Companies, Federal Government, ANAC (Civil Aviation National Agency) and INFRAERO (Brazilian Airport Infra-structure Company).

**Subject:** Material assistance and information in case of flight delay/cancellation, and recovery of damages, based on Consumer Protection Code, but not on Brazilian Air Force Code (CBA), which is prejudicial to the passenger.

**Type of interest:** Homogeneous individual

**Ongoing stage:** Preliminary order granted, determining that Airlines give material assistance and information in compliance with Consumer Protection Code, but not the Brazilian Air Force Code, subject to daily fine.

d) ACP Schering – “Flour Birth Control Pills”

**Defendant:** Schering Química e Farmacêutica Ltda.

**Subject:** Collective indemnification, by virtue of the sale of birth control pills made of flour (“placebos”) in the market, ineffective for the purpose intended.

**Type of interest:** Homogeneous individual.

**Ongoing stage:** The claim was granted: collective award for pain and suffering damages amounted to one million reais (R\$ 1,000,000.00).

e) Action for annulment of contract signed between São Paulo Department of Justice and Sul América S/A

**Defendants:** Sulamerica Seguro Saúde S/A (Health Insurance Company) and São Paulo Department of Justice.

**Subject:** Nullification, in Public Civil action, of the agreement executed between the aforementioned parties that had prejudicial content affecting 90,000 consumers (the agreement settled a rise in the percentage of the price adjustment secured in decision barred by *res judicata*, and against the provision stated in the Consumer Protection Code).

It has a high economic impact.

**Type of interest (in public civil action):** Collective/homogeneous individual.

**Ongoing stage:** São Paulo Department of Justice, represented by the Justice Attorney General, agreed with the pleading. However, the claim was dismissed with prejudice. The appeal has not been judge yet.

f) ACP – Health Insurance illegal fee adjustment

**Defendant:** São Paulo Adventist Hospital.

**Subject:** Nullification of contractual clause that allows unilateral monthly fee adjustment, based on cost patient/day, VCMH, and consumers reimbursement.

**Type of interest:** Homogeneous collective/individual.

**Ongoing stage:** claim granted, barred by *res judicata*. The execution of the judgment is being processed.

g) ACP – Capitalization bond disguised in product “scheduled purchase”.

**Defendant:** Sul América Capitalizacao S/A.

**Subject:** Prohibition on advertisement / offer/ sale of capitalization bond disguised in scheduled sale of product<sup>2</sup>. The company offered “scheduled sale” of products, such as automobiles, but the real transaction sold was a capitalization bond sale that, only by the end of its term, would be refunded to the consumer, who could buy the desired product or not. Violation of consumer’s good faith.

**Type of interest:** “diffuse” / homogeneous individual.

**Ongoing stage:** Claim granted in the 1<sup>st</sup> and 2<sup>nd</sup> levels of court. Not barred by *res judicata*.

*We would like to be informed of consumer collective actions case law, based on these rights and interests. If possible, we would like to have access to some initial complaints of lawsuits being processed. We would also like to know if we can make available to internal use of our mission, copies of these documents or texts concerning consumer collective actions.*

Answer:

Please see the foregoing answer, with the description of case law brought to court by PROCON-SP Foundation, and copies of the complaints attached hereto.

*In case there is a collective action brought by a consumer association, is it possible that individual consumers, belonging to the same class, bring individual suits based on the same rights and interests?*

Answer:

Article 104, of Law 8,078/90 (Consumer Protection Code), establishes that a class action being processed does not cause *Lis Pendens* to an individual claim.

Therefore, the filing of a collective action by an Association does not prevent the filing of individual claims by consumers, based on the same rights.

<sup>2</sup> Translator’s note: The scheduled sale of product is also known in Brazil as “consórcio”, which is a closed pool of retail clients, making installment payments over a fixed period of time in order to fund the purchase of a pré-determined product, such as an automobile.

In case it is possible to file individual actions, how would be then the relationship between the collective actions and the individual actions? We would like to be informed if there is any case law in regard to this issue.

Answer:

Article 104, of Law 8,078/90 (Consumer Protection Code) gives two options for the consumer (the plaintiff for the individual action). He could decide on:

- a) Be included in the collective *res judicata*, which could benefit him in case the action brought by the association is granted by suspension of his individual action, or
- b) Continue with the individual action, and consequently being excluded from a possible collective favorable *res judicata* in the action filed by the association.

The Brazilian legislator, hence, decided on the principle of full freedom of adhesion to the collective action.

*Regarding Article 81 of Consumer Protection Code, homogeneous individual rights and interests are the rights and interests of common origin. We would like to know, the detailed definition of "common origin"*

Answer:

Common origin means the same cause of law or fact (plane crash, defective products, deceptive or abusive advertisement, etc.) generating individual rights to a large number of people, allowing them, since they have sufficient similarities, to have jurisdictional relief by means of collective action.

We heard that collective actions in Brazil, for recovery of individual damages are collective actions to discuss controversial matters

Which collective actions are these "collective actions to discuss controversial matters"?

Answer:

The collective action for protection of homogeneous individual rights represents an alternative procedural instead of filing individual actions.

In view of the judicial policy, collective actions inhibit the filing of a large number of individual claims with the same subject-matter, and also the possible existence of contrary decisions over the same matter.

In this outlook, we believe that the controversial factual and legal matters, such as the defect in the manufacturing process of a product that demands expert evidence, should be faced only once in a collective action, assuring, therefore, the uniformity of a jurisdictional protection to the victims.

*What type of claims that involve consumers would be suitable to collective actions?*  
*What are the claims that wouldn't be suitable?*

Answer:

Whenever there is violation of any consumer "diffuse", collective and homogeneous individual rights, in theory, the collection action would be suitable.

The analysis of adequacy/ inadequacy of a jurisdictional claim depends on the analysis of each case, in which studies are carried out to verify the viability.

*When "each case comprehends small amounts, but there are numerous cases comprehending victims," individual claims are not expected, due to the procedural costs involved.*

*What is the role performed by the collective actions in Brazil, in the protection of these consumers-victims cases?*

*Answer:*

In cases comprehending small amounts, the collective actions perform the role of expanding the jurisdiction access for victims. It means that collective actions play main role for the removal of such lesions that despite being individually small, can cause great harm to the society. As an example, we could mention the claim for refund of sum unduly charged by a financial institution to its consumers (for example, a charge in the amount of R\$ 3,00 on a credit card loss and theft insurance).

## **2.2. Numbers of collective actions brought to court**

*How many collective actions have been filed by your entity? We would like to be informed of case law, numbers and types of claims.*

*Answer:*

Today, there are 23 collective actions in court.  
Pursuant to them, please refer to answer already presented herein, and copies of initial complaints attached hereto.

*The consumer associations that file collective actions should face financial issues, as well as human resources to deal with many situations. How does your entity deal with these issues?*

*Answer:*

PROCON-SP is a public legal entity foundation, sponsored with resources derived from appropriation act, as annually determined in the São Paulo State Public Budget.

The entity statute also includes as funding the "grant-in-aid given by Federal Government, other States and Municipalities or private entities affected with state public interest"; "the donations, aids, contributions, sponsorships or investments given by public institutions or private entities affected with state public interest", "revenues arising from services rendered", "income of its own assets", and "arising from penalties exacted for violation of the consumer protection and defense laws", and "the return of investments of available surplus amounts" (Article 7, items II to VII, State Law 9,192/95).

## **2.3 Practical Questions about collective actions**

*Are there differences between class actions and common civil actions?*

*Answer:*

Yes. The collective actions proceeding is established in Law 7,347 dated 24.07.1985, known as the Public Civil Action Law, and in Law 8,078/90 (Consumer Protection Code), Laws that are part of the so called legislative center of collective proceedings, or collective proceedings small system. The applicability of the Civil Procedural Code is supplementary.

**Please inform case law of pleadings in collective actions**

public nature entities, such as the Department of Justice, Public Legal Services, etc., are legitimated.

**Answer:**

Please check the answer already presented in this questionnaire

**Are there cases of collective actions that end up in settlement? In this case, what kind of problems may arise? If there are any particular issues pertaining to collective actions, please inform.**

**One of the biggest problems in the United States is "collusion" agreements that are made between the parties. Are there identical cases in Brazil?**

**Answer:**

Those with standing to file collective actions do not hold the consumers' interests or rights that form the purpose of the action. Therefore, they can't practice any act that imply disposition of interests or material rights involved, such as waiver, admission, compromise, etc.

**Conduct Adjustment Commitment**

However, Article 5, § 6<sup>th</sup>, of Law 7,347/85 (Public Civil Action Law) establishes that "the public agencies with standing to sue may get from the interested parties, the conduct adjustment commitment to legal requirements, by means of sanctions, which will be deemed an extra-judicial enforcement instrument.

Initially, when the aforesaid legal provision mentions only the public agencies, it denied to the private legal entities the possibility of executing the commitment. Therefore, only

The conduct adjustment commitment may not dispose of the material rights involved. In this sense, it may only set forth the form, time and place for the fulfillment of obligations aimed at recovering damages caused to consumers' rights.

Regarding homogeneous individual rights, upon the occurrence of individual damages (material and moral), it's possible to set out the amounts to be offered to injured consumers as indemnification, but only as an alternative. The victims are not entailed to the values stated in the commitment and still have the right to plead the indemnification they believe to be satisfactory for the damages suffered, especially in court, through the filing of individual suits.

If the Conduct Adjustment Agreement is made during the course of a collective action, it's subject to confirmation by the competent Court.

**Voluntary discontinuance of collective action**

Article 5, § 3<sup>rd</sup>, of Law 7,347, dated 24.7.1985, amended by Law 8,078 (Consumer Protection Code), establishes that, "In case of voluntary discontinuance of the action by an association, the Department of Justice or any other institution with standing to sue shall become the plaintiff in the action." This is the rule that expresses the principle of "mitigated alienability of collective actions".

Civil associations, as per the aforesaid legal provision, may discontinue the collective action suit, as long as the discontinuance is reasoned and submitted to judicial analysis.

Based on what has been exposed we can conclude that there are boundaries to the action

of those with standing to sue, inhibiting, therefore, the execution of "collusion" agreements.

*In individual cases, how is the 'collective' defined? Can you mention some case law?*

**Answer:**

In individual cases, it is necessary to take into account the large number of persons, their determination, and the indivisibility of rights, in order to verify the existence of "diffuse", collective or homogeneous individual rights.

*In individual actions filed after the collective actions has been filed to discuss controversial matters, it is necessary to prove that the plaintiff belongs to that group or class (cause/effect relation) and also the object of the material damage and its value. In this case, is there any specific issue that distinguishes it from a common civil action?*

**Answer:**

In collective actions for jurisdictional protection of homogeneous individual rights, the issues dealt with are those related to the center of homogeneity of individual rights asserted in the claim, that is, the factual and legal issues which are common to the universality of the rights claimed.

The judgment will include the existence of the debtor's obligation or not, and the nature and identity of what is due.

The matters are expanded in individual actions, because there is also a specific judgment of who the holder of the right is and what the amount specifically due is - *quantum debatur*.

Pursuant to the collective actions for jurisdictional protection of "diffuse" and collective rights, the cognition is broad, comprehending all aspects of the controversy, as it happens in any common civil proceeding.

*Is there the "Discovery" proceeding in civil procedure? If so, can the foresaid proceeding be useful in consumer collective actions? If there is no such proceeding, do you believe that it would be helpful in consumer collective actions?*

**Answer:**

The foresaid proceeding does not exist in Brazil, being incompatible with the Brazilian civil procedure system. Its uselessness in consumer collective actions will depend on its existence and compatibility with the system adopted by the Japanese Code of Civil Procedure.

*How do you collect information about damages that consumers might have in order to file a collective action? Would it be through the cases brought to law firms by the victims or through newspaper accounts about damaged consumers? Can specialist lawyers or consumer support groups contact the plaintiffs objectively, in a way that enables the formation of groups of plaintiffs aiming at a collective action?*

**Answer:**

In the case of Procon-SP Foundation, all the information that subsidize collective actions are obtained mostly through complaints made by consumers to the Consumer Assistance and Orientation Agency - DAOC

*According to Professor Gidi, when collective actions which scope are discussing controversial issues are granted, each one of its individual members may file individual actions, provided that the plaintiff proves that he is a member of the collective action (cause/effect relation), and proves the object and value of the damage objectively. Besides that, Brazilian Law stipulates that a sufficient number of class members shall file individual indemnification suit and, in case this doesn't happen, it allows the plaintiff representing the collective action to execute the collective action decision, proving, however, the amount of the damage suffered by all members of the collective action. The total amount of the claim will be destined to a government fund, to be used for the protection of the rights of a class similar to the class of the victims.*

*Is the explanation correct? If so, please mention some case law. And in what ways the representative plaintiff will prove the total damage caused to all members of the class?*

**Answer:**

According to the Law 8,078/90 (Consumer Protection Code) the collective action judgment, which claims for recovery of the damages suffered by each member individually, will be generic, stating the responsibility of defendants for the damages caused.

Each interested person, victim or successors, will be responsible for promoting, individually, the liquidation of the damages and its execution.

Nevertheless, Article 98 of the Consumer Protection Code allows the collective execution of the decision by those with standing and to the benefit of group of creditors.

In case the collective judgment is not subject to liquidation by the victims or their successors, or if the number of those who are interested in doing so is incompatible with the seriousness of the damage, those with standing (associations, the Department of

Justice, etc.) shall claim the evaluation and quantification of damages caused, the execution of the amount, and the indemnification for the damage globally caused will be destined to a fund created by Law 7,343/85 (Article 100 of Consumer Protection Code)

*Please explain the meaning of the judgment (judicial decision) in a collective action in Brazil!*

**Answer:**

In collective actions for the jurisdictional protection of "diffuse" rights, the dismissal of the claim is barred by *res judicata* and produces *erga omnes* effect, which prevents the filing of a new suit with the same plead, unless the judgment is decided on insufficiency of evidence (dismissal without prejudice), case in which any of those with standing will be able to file another action (Article 103, item I, Consumers Protection Code).

In collective actions for the jurisdictional protection of collective rights, the *res judicata* reaches all group, category or class of people connected to themselves or to the adverse party by a base jural relation, and prevents new claim, unless it is dismissed due to insufficiency of evidence. (Article 100 item II – Consumer Protection Code). If the action is dismissed after the evaluation of evidence, the *ultra partes* effect will prevent the filing of a new collective action, but does not prevent the filing of new individual actions.

In collective actions for the jurisdictional protection of homogeneous individual rights, the judgment granted produces *erga omnes* effect. In case the claim is dismissed, individual claims are not harmed, unless to those who already claimed in collective actions as joint parties (Article 103, item III, Consumer Protection Code).

***What is the role of a consumer entity in a consumer collective action?***

**Answer:**

Consumer entities, since they are legally entitled to file collective actions, allow consumers to have access to Justice, since these consumers would not go to court to guarantee their rights individually.

***In your opinion, which are the positive and negative points of a collective action?***

**Answer:**

Procon-SP Foundation is responsible for executing the state's policy of consumers' protection and defense in São Paulo, and that is the reason why we file collective actions whenever jurisdictional intervention is necessary for the achievement of our objectives.

With the creation of a Code of Collective Procedure, whose Bill is under studies by renowned jurists, we believe there will be a greater systematization of the collective civil proceeding.

(資料4) アドヴェンチスタ病院の不当条項事例・訴状 (PROCON 提供)

Proc. Fund. PROCON FLS.  
0588-1.2006-04

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



Proc. Fund. PROCON FLS.  
0588-1.2006-04

CORREGEDORIA GERAL DA JUSTICA

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

DEPRI-11.  
EXMO. SR. DR. JUIZ DE DIREITO DA VARA DA FAZENDA PUBLICA

o Autor se reporta ao contexto fático econômico-social que antecede o desenrolar das relações mantidas entre os consumidores e os planos de assistência médica neste país.

Nesse sentido, e como se faz notório, é de se vislumbrar que os convênios de prestação é assistência médica concentram atualmente fatia substancial e fundamental na prestação de saúde à população brasileira.

Assim, proliferam no país, a cada dia, mais e mais convênios e empresas intermediárias na prestação do dito serviço, todas elas - diga-se de passagem - fazendo-se presentes e atuantes no mercado através de intensa publicidade relacionada à venda da saúde e felicidade.

Chama a atenção a proliferação de tais empresas que se desenvolvem rápida e continuamente, assim como casas de vídeo poker ou bingos de entidades esportivas. As prestadoras do serviço de convênio assumem as mais variadas formas jurídicas, entretanto, todas elas se caracterizam pelo mesmo objeto, qual seja, a intermediação ou prestação direta de serviços de saúde.

A padronização de condutas é o elo comum a todas elas e, à vista da padronização dos contratos e procedimentos, o consumidor se vê, constantemente, diminuído e inferiorizado, em permanente estado de impotência para tomada de posições em múltiplas e reiteradas situações.

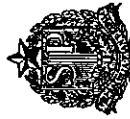
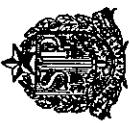
As restrições, as carências, as exclusões e as exceções de todo tipo compõem a generalidade das contratações, de tal sorte que a irresignação por consumidor isolado passa a ser desaconselhável na medida que o descumprimento ou desacordo

Antes da abordagem específica sobre o contexto fático-jurídico propriamente dito, móvel gerador da postulação,

-2-

MOD. 2.050 - PGE

## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO DO ESTADO

de um item da contratação por parte do consumidor representa a sua exclusão definitiva do plano de assistência médica, impondo ao mesmo tempo uma verdadeira via crucis junto a outro plano de saúde para, respeitados os devidos prazos de carência e demais restrições, possa ele - novamente - fazer ao atendimento e assistência médica.

Soma-se a esse quadro o fator e idade dos contratantes e se verá que, a rigor, na generalidade dos casos, após anos e anos de pagamento da prestação do dito convênio de assistência médica, o idoso se vê constrangido e tolhido, num ato inteiramente passivo, impotente e desprotegido na medida em que o eventual descumprimento de imposições unilaterais gera a perda da possibilidade de assistência e a impossibilidade de ingresso em outro plano de saúde em decorrência do fator idade e da exclusão de molestias pré-existentes.

Os consumidores estão, assim, na generalidade dos casos, na posição de reféns das referidas empresas de assistência médica, as quais detém a hegemonia e monopólio exclusivo e indiscutível do bônus SAÚDE-FELICIDADE.

A título de ilustração, esclarece o Autor que o PROCON, de janeiro de 1995 a maio de 1996 atendeu 16.562 consumidores, sendo que 2282, ou seja 13,78%, apresentavam problemas relacionados aos planos de assistência médica e seguro saúde (docs. em anexo).

### II - DA LEGITIMIDADE ATIVA

A legitimação ativa do ESTADO para a presente

demandas encontra-se nos arts. 82, II e 91 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8078/90), que dispõem:

ART. 82: "Para fins do art. 100 # único são legitimados concorrentemente:

...

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

..."

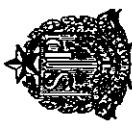
ART. 91: "Os legitimados de que trata o art. 82 poderão propor, em nome próprio e no interesse das vítimas ou seus sucessores, ação civil coletiva de responsabilidade pelos danos individualmente sofridos, de acordo com o disposto nos artigos seguintes."

Saliente-se que tal legitimação decorre do Poder/dever do Estado na proteção ao consumidor, conforme Artigo 5º, XXXII da Constituição Federal, defesa esta que também é sagrada como princípio geral da ordem econômica, nos termos do art. 170, V da Lei Maior.

Nesse sentido, as lições sempre oportunas de Kazuo Watanabe em *Código de Defesa do Consumidor* Ed. Forense Universitária, pag. 515:

"A ampla legitimação dos entes públicos para a tutela dos interesses ou direitos dos consumidores decorre de mandamento constitucional. O inciso XXXII do art. 5º da CF, com efeito,

## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

dispõe expressamente que incumbe "ao Estado (no sentido amplo) promover, na forma da lei, a defesa do consumidor". E a defesa em juízo é, certamente, uma das formas mais importantes de exercício dessa atribuição" (grifo nosso)

Com efeito, trata-se de legitimação extraordinária, especificamente, de substituição processual strictu sensu, nos termos do art. 6º do Código de Processo Civil: o ESTADO, instado pelo PROCON, órgão da Secretaria de Justiça do Estado de São Paulo pleiteia em nome próprio direito alheio, mediante autorização legal.

Por outro lado, o PROCON - Coordenadoria de Proteção e Defesa do Consumidor - integrante da Secretaria de Estado da Justiça, é notório prestador de inestimáveis serviços à população de São Paulo, sendo integrante da administração direta do Estado.

Assim sendo, a legitimação ativa está devidamente comprovada pelos artigos 82, II eº 91 do Código de Defesa do Consumidor, bem como pelo art. 6º do C.P.C., em decorrência dos mandamentos da Constituição Federal.

### III - DOS FATOS

Superada a abordagem preliminar do contexto geral em que se sucedem as contratações, e evidenciada a legitimidade do Estado para a postulação na tutela dos interesses coletivos, passa o Autor aos fatos específicos ensejadores da presente.

A Ré atua no ramo da prestação de serviços de saúde, fornecendo aos seus associados assistência médica e hospitalar, por si própria e por terceiros, por ela credenciados consoante critérios e disposições pré-estabelecidas em contrato padrão.

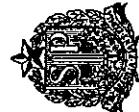
As reclamações recebidas no âmbito do PROCON pelos associados da Ré são indicativas de que a mesma vem procedendo irregularmente, em flagrante violação às Leis 9069/95 (Plano Real) e 8078/90 (CDC).

A título de exemplo, anexa-se à presente algumas das fichas de reclamação feitas junto ao PROCON, por consumidores da Ré:

1- contrato de Cláudionor Martins, celebrado em 19/1/89. O interessado vinha pagando R\$ 45,32 (quarenta e cinco reais e trinta e dois centavos) até junho de 1995. Em julho/95 o valor passou a R\$ 53,57 (cinquenta e três reais e cinquenta e sete centavos), representando um reajuste de 32,86%. Em outubro/95, sua mensalidade sofreu novo aumento, passando para R\$ 177,95 (cento e setenta e sete reais e noventa e cinco centavos), significando um reajuste de 232,18%.

2- contrato de Carlos Alberto Pastorivo, celebrado em 28/4/77. O consumidor vinha pagando R\$ 40,32 (quarenta reais e trinta e dois centavos). Em julho/95, sua mensalidade passou a R\$ 53,57 (cinquenta e três reais e cinquenta e sete centavos), representando um reajuste de 32,85%. Em outubro/95 novo reajuste foi feito, passando a ser cobrado o valor mensal de R\$ 91,40 (noventa e um reais e quarenta centavos), ou seja, um aumento acumulado no ano de 1995 de 126,65%.

PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

3- contrato de Ary Resstel Martins, celebrado em 19/5/77. O preço mensal estava sendo de R\$ 80,68 (oitenta reais e sessenta e oito centavos). Em julho/95 houve reajuste de 32,85%, passando a mensalidade a ser de R\$ 107,19 (cento e sete reais e dezessete centavos). Novamente em outubro/95, novo reajuste foi feito, tendo o valor mensal passado a R\$ 280,12 (duzentos e oitenta reais e doze centavos), representando um reajuste de mais de

4- contrato de Rosendo Miranda, celebrado em 10/6/77. O consumidor vinha pagando o valor mensal de R\$ 74,99 (setenta e quatro reais e noventa e nove centavos). Em julho/95 este valor passou a R\$ 99,63, representando um reajuste de 32,85%. Em outubro/95, novo reajuste foi feito, tendo sua mensalidade passado para R\$ 182,80 (cento e oitenta e dois reais e oitenta centavos), significando um aumento acumulado de 143,73%.

Verifica-se que a Requerida efetuou o reajuste anual de 32,85% em julho/95, conforme a variação aproximada do IPC/FIPE medido entre jul/94 e jul/95.

Porém, em outubro/95 efetuou novo reajuste em percentuais variados, alguns chegando a significar aumentos variáveis entre 143% e 232% entre jul/94 e out/95, quando no mesmo período o IPC/FIPE foi de 40,22%, conforme tabela em anexo. Mesmo o maior índice no mesmo interregno foi de 57,40%.

Ocorre que tal procedimento adotado pela Ré viola flagrantemente os dispositivos da Lei 9069/95, que resultou da conversão da Medida Provisória 542/94, conforme se demonstrará a seguir.

O número de reclamações individuais que chegaram

ao PROCON em razão da conduta ilegal atribuível à Requerida demonstra de plano o transbordamento de simples lesões individuais.

Por outro lado, o simples número de contratos celebrados nos inúmeros empreendimentos a cargo da Ré demonstra o potencial de pessoas a serem atingidas e que poderão ser prejudicadas, contratos típicos de adesão, regidos por cláusulas padronizadas, as quais prevêm prestação vedada pela lei.

Cumpre ressaltar que a relação de consumidores lesados que procuraram o PROCON não esgota o universo total de pessoas eventualmente prejudicadas pela conduta da Ré. Entretanto, tal relação é bastante significativa da extensão e proporção das lesões causadas.

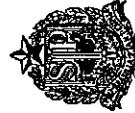
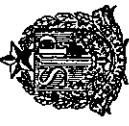
É importante salientar que a relação acima transcrita apenas é EXEMPLIFICATIVA, não esgotando o universo de consumidores atingidos pela prática levada a cabo pela Requerida.

IV - DO DIREITO

Os contratos são padronizados, valendo a transcrição da cláusula relativa ao preço e ao seu reajuste, inserta no art. XI, § 1º:

"O valor da taxa de manutenção será reajustado em função do aumento do

## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

paciente/dia e do que prescreve o parágrafo primeiro do art. XIII." Por sua vez, o art. XIII, 1º, dispõe sobre o reajuste automático das mensalidades em função de casamento ou nascimento de filho(s).

Por sua vez, o art. XIII, 1º, dispõe sobre o reajuste automático das mensalidades em função de casamento ou nascimento de filho(s).

Contratos mais recentes dispõem:

"O valor da mensalidade será reajustado em função do aumento do paciente/dia, com cálculo revisionado em junho e dezembro ou em qualquer época, quando houver aumento dos custos por determinação governamental ou órgão de classe ou ainda quando houver mudança na faixa etária do contratante ou de seus dependentes, de acordo com o descrito abaixo." (art. VIII #20.)

Dispõe o artigo 28 da mencionada Lei 9069/95:

"Nos contratos celebrados ou convertidos em Real, com cláusula de correção monetária por índices de preço ou por índice que reflita a variação ponderada dos custos dos insumos utilizados, A PERIODICIDADE DE APlicaÇÃO DESSAS CLAUSULAS SERÁ ANUAL."

Parag. 1º.: É NULA DE PLENO DIREITO E NÃO SURTIRÁ NENHUM EFFETO CLAUSULA DE CORREÇÃO MONETARIA CUJA PERIODICIDADE SEJA INFERIOR A UM ANO".

-9-

Ressalte-se que tal disposição já existia na Medida Provisória 542/94, a qual institui o Plano Real, seguidamente reditada até transformar-se na lei supra.

Caso os aumentos efetuados pela Ré sejam considerados meros reajustes, são ilegais porque ferem a Lei 9069/95, indo contra a periodicidade anual dos reajustes, pois - conforme provam os documentos anexados - a Ré aumentou aumentos em julho/95 e outubro/95.

É esse, justamente, o cerne ou o ponto fulcral da questão.

A inserção de disposição relativa ao custo paciente/dia e a previsão de repasse dos custos em qualquer época nos contratos padronizados - de adesão - faculta na realidade reiterada REVISÃO CONTRATUAL por parte da empresa, contratada, unilateralmente e sem qualquer freio, seja com relação ao montante a ser repassado, seja com relação à periodicidade. A Lei 9069/95 torna-se letra morta e a Ré permanece inune a toda e qualquer disposição legal.

O reajuste pela variação do custo paciente-dia inserido nas cláusulas acima transcritas, é disposição MANIFESTAMENTE POTESITIVA, que mantém o preço de um contrato no livre, inteiro e exclusivo arbítrio de uma das partes, no caso, da empresa contratada, além de não se tratar de reajuste stricto sensu, mas sim de verdadeira revisão unilateral, na forma, tempo e percentual que a Ré determinar.

Não há monitoramento do custo paciente/dia ou dos custos hospitalares e apuração deles não sofre qualquer vigilância por parte de organismo oficial, donde se conclui

## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

que, a despeito de toda estabilidade econômica auferida com o Plano Real, o UNICO SETOR DA ECONOMIA QUE SE FACULTA A PERMANENTE E REITERADA REVISÃO UNILATERAL DO CONTRATO, independentemente do consenso com o contratante, são os contratos firmados pelas referidas empresas e relacionados com convênios médicos para prestação de assistência médico-hospitalar.

No plano jurídico, patente a iniquidade e ilegalidade resultante dessa prática.

Reajuste e revisão contratual não se confundem, sendo tal diferenciação notória ante a farta e exaustiva abordagem doutrinária e jurisprudencial a respeito.

A revisão está afeta à recomposição do preço em razão da modificação das condições de execução do contrato ou de fatos supervenientes que agravem substancialmente os encargos do executor, ao passo que reajuste é mera recomposição do valor em face da inflação havida no período.

Para a empresa Ré no entanto, não há qualquer cláusula que preveja o reajuste prevísivel para os contratantes, por índice oficial publicado periodicamente, de forma a possibilitar aos consumidores a previsão do preço e também atender os ditames da lei 9069/95.

Com efeito, às cláusulas contidas no contrato-padrão celebrado pela Ré com seus consumidores, citadas acima, por serem leoninas ferem, de plano, o art. 115 do Código Civil:

"São lícitas em geral todas as

condições que a lei não vedar expressamente. Entre as condições defesas, se incluem as que privarem de todo efeito o ato, ou sujeitarem ao arbitrio de uma das partes".

A vista da redação das cláusulas supra mencionadas do contrato padrão, das reclamações perante o PROCON e dos comprovantes de pagamento dos consumidores, verifica-se que, efetivamente, o valor das prestações fica inteiramente ao arbitrio da empresa Ré, que pela disposição contratual repassa todo e qualquer custo extra no montante e no momento que lhe convier, sem qualquer cerimônia, custo esse do qual não se tem notícia por divulgação ou controle a nível oficial.

Tampouco há a preocupação por parte da Requerida em colher a anuênciam do contratante para efetivação reiterada da dita conversão.

Em tempos de real, onde a inflação foi reduzida à taxa irrisória de cerca de 15% a.a., circunstância comprovada pela evolução dos diversos índices medidores de variação monetária, publicados em qualquer caderno econômico de jornal de média circulação, causa uma certa estranheza o procedimento das empresas, indicativo - em última análise - de procedimento manifestamente abusivo à luz do Código de Defesa do Consumidor.

A esse propósito, o disposto no art. 51 do indigitado Código:

"São nulas de Pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais re-



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO.



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO.

lativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

...  
IV - estabelecem obrigações consideradas inférmas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou equidade;

...  
IX - permitem o fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral;"

Na sequência, o mesmo CDC esclarece em que medida se presume exagerada a dita vantagem indicada no inciso IV, asseverando, no parágrafo 1º, o seguinte:

"Presume-se exagerada, entre outros casos, a vantagem que:

I - ofende os princípios fundamentais do sistema jurídico a que pertence;

II - restringe direitos ou obrigações fundamentais inerentes à natureza do contrato, de tal modo a ameaçar seu objeto ou equilíbrio contratual;

III - se mostra excessivamente onerosa para o consumidor, considerando-se a natureza e conteúdo do contrato, o interesse das partes e outras circunstâncias peculiares ao caso."

Ora, o repasse indiscriminado de custos médicos-hospitalares, bem como a cláusula que preve o reajuste do preço em função da variação do custo paciente-dia, facultado no 1º, da cláusula IX (contratos antigos) ou 2º, da cláusula VIII (contratos novos), torna o preço da mensalidade ignorado pelo consumidor contratante, que fica inteiramente subordinado à variação constante de preço unitariamente estipulado pela contratada. Obviamente tal circunstância se afigura como excessivamente onerosa e aviltante do equilíbrio econômico-financeiro da contratação, momente se for considerado que desde a edição do Plano Real os salários e aposentadorias não acompanharam os aumentos pretendidos e repassados pela Ré no mesmo período.

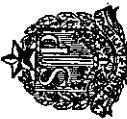
Em regime de estabilidade econômica, a prevalência de tal disposição, relativa ao repasse indiscriminado dos custos a nível contratual, é manifestamente potestativa, infringindo toda sorte de dispositivos legais, desde a Constituição Federal até o Código Civil, e sobretudo as disposições peculiares e específicas do C.D.C.

Cumpre salientar que se trata de contrato de adesão (art. 54 do CDC) - instrumento jurídico de atividade negocial em que as cláusulas foram pré-estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de bens ou serviços, sem que o consumidor pudesse discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo.

O consumidor não dispõe do poder dispositivo, mas tão somente da faculdade de aderir à proposta ou rejeitá-la por completo.

Neste caso, os princípios clássicos do Direito

## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



Contratual, tais como a força obrigatória dos contratos, a intangibilidade do acordo e a rigidez das cláusulas são atenuados, haja vista a reduzida força vinculativa do seu conteúdo.

A existência de uma cláusula com tal conteúdo, por seu caráter manifestamente potestativo, não pode subsistir em tempos de moeda estável, mesmo porque o eventual repasse de custos não se confunde com reajuste legal, o qual deve estar previsto no contrato de forma clara, conforme a periodicidade permitida pela Lei 9069/95, com base num índice eleito contratualmente e de fácil conhecimento por todos os interessados.

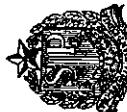
Assim sendo, tal estipulação é manifestamente potestativa, emergindo - pois - como uma afronta, uma prática manifestamente abusiva e infíqua aos consumidores, passível de irrevogação através dessa demanda de cunho coletivo.

Não se pode aceitar como legítimo que um consumidor que tinha sua prestação em R\$ 45,32, passe a pagar PELOS MESMOS SERVIÇOS R\$ 177,95 em MENOS DE UM ANO E MEIO, quando qualquer índice de medição da variação dos preços ficou próxima dos 35% a.a. Ou que, nesse período, outro consumidor que pagava R\$ 80,12 passe a pagar R\$ 280,12.

Nesse passo, oportunamente citação das lições de Carlos Alberto Motta Pinto transcrita na revista do Direito do Consumidor no. 2, do Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor, pag. 169:

"São todavia, evidentes os perigos do abuso desta figura dos contratos de adesão: restrição da

## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



liberdade factual de contratar do consumidor individual, alteração das soluções equilibradas - apesar de supletivas - consagradas na lei, com favorecimento unilateral do emitente do formulário contratual; possível cartelização integral de setores econômicos, através de impressos idênticos em todas as empresas, de tal modo que quem os recusar exclui-se do tráfico jurídico; criação por entidades privadas de regras que, de fato, se assemelham ao direito imperativo estadual (Teoria geral do Direito Civil, 2<sup>a</sup> ed., Ed. Limitada, 1983, Coimbra, pag. 101)"

Diante de todo o exposto, parece claro que o objetivo do autor é, antes de mais nada, demonstrar que em face da estabilidade econômica almejada e ora vivenciada no país, não há espaço para inserção ou subsistência de cláusula dessa natureza, devendo - pois - uma vez reconhecida sua potestatividade e abusividade, ser definitivamente banida dos referidos contratos.

A POTESATIVIDADE identifica-se pela tão só inserção de tal disposição contratual merecedora de extirpação.

Mas não é só. Tudo leva a crer, pelo aspecto essencialmente econômico, que escoltados nessa disposição contratual manifestamente potestativa, a prática de abuso econômico rola inteiramente solta e à margem de qualquer fiscalização ou legislação. O aumento incipiente e injustificado, por vezes exorbitante e distorcido, é corriqueiro e repousa serenamente no manto falseado da própria disposição contratual facultativa dessa prática.



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

O provável abuso econômico parece notório, haja vista o número de reclamações e o interesse dos órgãos competentes no sentido de averiguar tais custos com divulgação corriqueira na imprensa.

Dai porque, conclui o Autor, uma vez demonstrado que o repasse de custos médicos-hospitalares ou a simples fixação do preço em função do custo paciente-dia não configura reajuste legal do preço, mas sim, revisão unilateral e permanente do preço, que se opera sem limite de prazo ou de montante, ao alvôrdo das disposições legais vigentes, é merecedor de avaliação para reconhecimento expresso de nulidade, conforme dispõe o art. 51 # 2º. do C.D.C.

Cumpre trazer à baila os ensinamentos de Nelson

Nery Jr.:

"O sistema do CDC garante, nesses casos, o direito do consumidor à modificação ou revisão judicial forçada da cláusula contratual, vale dizer, tem ele direito à manutenção do contrato" (Princípios Gerais do Código de Defesa do Consumidor - Direito do Consumidor, 3ª ed., pags. 61/62)

A defesa coletiva que aqui se pretende encontra fundamento no artigo 81 do mencionado diploma legal (CDC), posto se tratar de interesses coletivos, nos termos do art. 81, II e também individuais homogêneos, conforme disposição do inciso III do mesmo dispositivo.

### V - DO PEDIDO LIMINAR

Impõe-se, no caso presente, a concessão de medida liminar, nos termos do art. 12 da Lei 7.347/89 e também do art. 84 # 3º, do Código de Defesa do Consumidor.

Do que foi explicado e documento até aqui, parece cristalinamente evidente que, a despeito da vigência da Lei 9069/95 que veda o reajuste em prazo inferior a 12 meses, a Ré desconsidera tal legislação, na medida em que, unilateralmente, altera o preço da mensalidade, independentemente de aviso ou anuência do contratante, provavelmente escudada na cláusula abusiva inserida na contratação, transcrita acima.

Sem qualquer cerimônia altera o preço da mensalidade, amparada ainda pelas demais disposições contratuais, que prevêem a rescisão contratual por falta de pagamento, acarretando a perda do direito de qualquer atendimento médico.

Estão perfeitamente caracterizados os pressupostos para a concessão de liminar, quais sejam: o fumus boni juris e o periculum in mora.

O fumus boni juris caracteriza-se pelo direito do consumidor à proteção contra cláusula abusiva, nos termos do art. 6º, IV do C.D.C. Tal direito está sendo flagrantemente violado pela Ré, mercê da aplicação do #1º. da cláusula IX ou #2º. da cláusula VIII, conforme se trata se contratos novos ou antigos.

De outra parte, o periculum in mora é patente, na

## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

medida em que o não pagamento das mensalidades no valor fixado unilateralmente pela Ré pode acarretar a rescisão contratual e a perda do direito à assistência médica (cláusula XVII, 6).

Os consumidores desta relação são pessoas físicas que, por diversas razões, dependem da garantia de atendimento médico, circunstância que os torna reféns das imposições unilaterais de preços da Ré, mesmo porque, eventual rescisão, significa uma verdadeira via crucis para filiação e enquadramento em outro plano de saúde, cumprimento de outro prazo de carência, além de que, como visto, a conduta padrão das empresas que atuam na área é patente, sem falarmos no risco de não ter atendimento médico numa emergência, caso esteja inadimplente com relação à Ré.

Por outro lado, a periodicidade anual do reajuste está prevista em Lei, de sorte que toda cobrança a título de simples reajuste efetivada em prazo inferior a 12 meses, está expressa e literalmente vedada por mandamento legal (seja ele relativo a variação monetária, seja relativo a variação de insumos).

Nessa conformidade, em CARATER LIMINAR, requer o

Autor:

1- seja determinada a ABSTENÇÃO IMEDIATA na aplicação de reajustes em desacordo com a periodicidade anual, prevista na Lei 9069/95, sob pena de multa de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), a ser fixada para cada caso de descumprimento, entendido o reajuste vedado, sem respeito à anualidade, como anualidade relativa à variação monetária havida no período e apurável por índice oficial divulgado.

2- seja determinada a ABSTENÇÃO IMEDIATA do repasse dos custos médicos-hospitalares ou "reajustes" em função do valor paciente-dia, previstos nas disposições do contrato, de forma unilateral, enquanto perdurar a tramitação da presente ação, mantida, no mais, a contratação sem prejuízo dos serviços médicos e hospitalares aos consumidores e respeitado o atual padrão de hospital, médicos, clínicas e laboratórios próprio ou eventualmente conveniados, sob pena de multa de igual teor ao pedido formulado supra.

A concessão da liminar, nos termos pleiteados, é essencial à garantia do êxito e eficácia da postulação, posto que, como ressaltado, o não pagamento das mensalidades unilateralmente revisadas e apuradas, sem observância da anualidade, implica na possibilidade de rescisão imediata do contrato e suspensão do atendimento (cláusula XVII, 6).

### VI - PEDIDO FINAL

Diante de todo o exposto, é a presente para requerer se digne V. Exa. ordenar a citação da Ré para que, querendo, conteste a presente ação sob pena de revelia, a qual deverá ser julgada TOTALMENTE PROCEDENTE, para:

1) reconhecer definitivamente a ilegalidade da cobrança de reajustes sem a observância da anualidade prevista e determinada na Lei 9069/95 e, consequentemente, seja a Ré condenada genericamente a devolver as quantias indevidamente pagas em dobro, nos termos dos arts. 42 parágrafo único e 95 do CDC;

2) em decorrência do reconhecimento supra, para condenar



## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

## PROCURADORIA GERAL DO ESTADO

a Ré em obrigação de fazer, consistindo esta na adequação de sua cláusula contratual relativa ao reajuste aos termos do Código do Consumidor e da Lei 9069/95, fixando, em consenso com os consumidores, de forma clara, precisa e indicutível, o índice de correção monetária oficial e idôneo que será utilizado para os reajustes das prestações nos termos da legislação federal aplicável aos prazos para incidência do reajuste;

3) reconhecer a abusividade da disposição contida no contrato padrão celebrado pela Ré que facilita o reajuste com base no aumento do custo "paciente-dia" e repasse, a qualquer tempo, dos custos, nos termos do art. 51 do Código de Defesa do Consumidor, declarando-se pois a nulidade de dita disposição, ficando definitivamente vedada a exigência de qualquer acréscimo à mensalidade vigente por conta de repasse de custos representativos de revisão sem a expressa e literal anuência do consumidor;

4) em caráter sucessivo ao pedido formulado no item 2, seja determinado que a revisão contratual dos preços com base no repasse de custos obedeça a prévia discriminação e elucidação minuciosa por parte da empresa junto ao consumidor e conte com sua expressa anuência;

5) condenar a Ré no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Requer desde já a publicação dos editais previstos no art. 94 do CDC, para conhecimento de eventuais interessados, bem como seja dada vista ao Ministério Público, na forma do art. 92 do mesmo diploma legal.

Finalmente, requer a dispensa do recolhimento de custas, conforme mandamento do art. 87 do CDC.

Protesta provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, sem exceção.

Termos em que, dando-se à causa o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e requerendo os benefícios do art. 172 do CPC;

P. Deferimento.

São Paulo, 8 de julho de 2006

VERA MARIA DE OLIVEIRA NUSDEO LOPES

Procuradora do Estado

## STATE ATTORNEY'S OFFICE

## STATE ATTORNEY'S OFFICE

Magistrate in Charge of Administrative Matters

9 JUL 12 5 96411516

DEPRI-1.1

### HONORABLE JUDGE OF THE [blank] LOWER TREASURY COURT

| – PRELIMINARY ALLEGATIONS

Before proceeding to address the factual and legal background that generated this lawsuit, Plaintiff refers to the social-economic scene that preceded the development of the relationship between the consumers and the healthcare plans in Brazil.

In this regard, and as it is notorious, the healthcare plans currently concentrate a significant and fundamental share of the health assistance services to the Brazilian population.

Thus, every day, more and more healthcare plans and intermediary companies rendering said services proliferate in Brazil. All of them – we may say – only exist and operate in the market at the expense of intense publicity that sells health and happiness.

It draws our attention the proliferation of such companies that develop rapidly and continually, as well as video poker and bingos of sport entities. The healthcare plan providers are organized in the most diverse legal forms. However, all of them have the same purpose, that is, the intermediation or direct rendering of health services.

The standardization of conduct is the common link among all of them. Upon the standardization of contracts and procedures, consumers are constantly diminished and made to feel inferior, and put in a permanent state of impotence that prevent them from acting in multiple and repeated situations.

The restrictions, grace periods, exclusions and exceptions of all kinds are part of all the contracts. Thus, isolated defiance would not be advisable under the circumstances, because the violation and breach of an item engaged by a consumer would cause his/her definitive exclusion from healthcare plan. In addition, the consumer would be subjected to a true *via crucis* before other healthcare plan so that, once the due grace periods and further restrictions are respected, he/she may, again, be entitled to healthcare assistance.

If we add to this scene the factor and the age of the contracting parties, we may see that, in all the cases, after years and years paying the mentioned healthcare plan, the elderly consumer is left ill at ease and restricted

PROCON's Stamp  
0587/2006

Page  
06

The STATE OF SÃO PAULO, as requested by PROCON – CONSUMER DEFENSE AND PROTECTION FOUNDATION, an agency of the Justice and Citizenship Defense Office of the State of São Paulo, represented by the State Attorney undersigned below, on the grounds of Article 81 and following articles of the Consumer Protection Code and of Articles 3, 11, 12, 21 of Law 7,347/85 and of other applicable legal provisions, hereby files this

### COLLECTIVE CIVIL ACTION, WITH CLAIM FOR INJUNCTION

against HOSPITAL ADVENTISTA DE SÃO PAULO, CNPJ/MF No. 43.586.122/0009-71, at Rua Rocha Pombo, 49 – São Paulo, SP, for the following factual and legal reasons.

## STATE ATTORNEY'S OFFICE

from, through a totally passive act, impotent and unprotected, as the non-compliance with the unilateral impositions causes the loss of the possibility of assistance and the impossibility of joining another healthcare plan as a result of the age factor and of the exclusion of preexisting diseases.

Thus, in all the cases, the consumers are hostages of the referred healthcare companies that hold the hegemony and exclusive and indisputable monopoly of the ideal HEALTH-HAPPINESS.

As an example, Plaintiff clarifies that, from January 1995 to May 1996, PROCON assisted 16,562 consumers, and 2,282 of which, that is, 13.78%, were involved in disputes with healthcare plans (documents attached).

### II – STANDING TO SUE

The STATE has standing to bring this lawsuit under Articles 82, II and 91 of the Consumer Protection Code (Law 8,078/90). These Articles establish that:

ARTICLE 82: "For the purposes of Article 100, sole paragraph, the following parties have, concurrently, standing to sue:

....

II – Federal, State and Municipal Governments and the Federal District;

..."

ARTICLE 91: "The parties referred to in Article 82 may bring, in its own name or in the name of the victims and their successors, collective civil action of responsibility for the damages individually suffered, as per the provisions of the following Articles."

Please note that this standing to sue arises from the power/duty of the Government to protect the consumer, as per Article 5, XXXII of the Brazilian

## STATE ATTORNEY'S OFFICE

Constitution. The consumer protection is also a general principle of the economic order, according to Article 170, V of the Brazilian Constitution.

In this regard, the always opportune lessons of Kazuo Watanabe in the *Código de Defesa do Consumidor*, Forense Universitária Publishing, page 515:

"The standing to sue of the public bodies for protecting the consumers' interests or rights arises from the Brazilian Constitution. Item XXXII of Article 5 of the Constitution expressly establishes, indeed, that it is incumbent upon "the Government (in its ample meaning) to legally promote the consumer protection." And the protection before the courts is, certainly, one of the most relevant ways to perform this duty." (our emphasis)

In fact, this is an extraordinary standing to sue, more specifically, a procedural substitution *strictu sensu*, according to Article 6 of the Civil Procedure Code: the STATE, as requested by PROCON, an agency of the Justice Office of the State of São Paulo, claims in its own name a third party's right, upon legal authorization.

On the other hand, PROCON - Consumer Defense and Protection Foundation, an agency of the Justice Office of the State, is a notorious provider of priceless services to the population of São Paulo, and is part of the direct administration of the Government.

Thus, the standing to sue is duly evidenced by Articles 82, II and 91 of the Consumer Protection Code, as well as by Article 6 of the Civil Procedure Code, as a result of the precepts of the Brazilian Constitution.

### III – FACTS

Since we have already discussed the general scene in which the engagement of health services take place, and since we have proved that the State has standing to bring lawsuit to protect collective interests, the Plaintiff now analyzes the specific facts that have caused this collective action.

## STATE ATTORNEY'S OFFICE

## STATE ATTORNEY'S OFFICE

The Defendant renders healthcare services, providing medical and hospital assistance to its associates, according to criteria and provisions pre-established in a standard contract. This assistance may be provided directly by the Defendant or through third parties enrolled by it.

The claims made by the associates of the Defendant, through PROCON, indicate that the Defendant is acting irregularly, manifestly violating Law 9,069/95 (Real Plan) and Law 8,078/90 (Consumer Protection Code).

As example, we attach to this lawsuit some of the files of claims submitted to PROCON by Defendant's consumers:

1 – contract of Claudinor Martins, entered into on 1/19/89. Mr. Martins had been paying forty-five reais and thirty-two cents (R\$ 45.32) until June, 1995. In July, 1995, the value increased to fifty-three reais and fifty-seven cents (R\$ 53.57), representing an adjustment of 32.85%. In October, 1995, the monthly payments increased again to one hundred seventy-seven reais and ninety-five cents (R\$ 177.95), representing an adjustment of 232.18%.

2 – contract of Carlos Alberto Pastorivo, entered into on 4/28/77. Mr. Pastorivo had been paying forty reais and thirty-two cents (R\$ 40.32). In July, 1995, the value of his monthly payment increased to fifty-three reais and fifty-seven cents (R\$ 53.57), representing an adjustment of 32.85%. In October, 1995, the monthly payments increased again, to ninety-one reais and forty cents (R\$ 91.40). That is, the year of 1995 accumulated an adjustment of 126.65%.

3 – contract of Ary Resstel Martins, entered into on 5/19/77. The monthly payment had been of eighty reais and sixty-eight cents (R\$ 80.68). In July, 1995, there was an adjustment of 32.85%, and the monthly payment increased to one hundred seven reais and nineteen cents (R\$ 107.19). In October, 1995, the monthly payments increased again to two hundred eighty reais and twelve cents (R\$ 280.12), representing an adjustment of more than [blank].

4 – contract of Rosendo Miranda, entered into on 6/10/77. Mr. Miranda had been paying the monthly payment of seventy-four reais and ninety-nine cents (R\$ 74.99). In July, 1995, the monthly payment increased to ninety-nine reais and sixty-three cents (R\$ 99.63), representing an adjustment of 32.85%. In October, 1995, the monthly payments increased again to one hundred eighty-two reais and eighty cents (R\$ 182.80), an accumulated increase of 143.73%.

The Defendant applied the annual adjustment of 32.85% in July, 1995, as per the approximate variation of the Consumer Price Index/Foundation Institute of Economic Research, or IPC/FIPE, measured between July, 1994 and July, 1995.

However, in October 1995, the Defendant applied new adjustments of different values. Some of the adjustments varied from 14.3% to 232% between July, 1994 and October, 1995. In this same period, the index IPC/FIPE was of 40.22%, as per the attached table. Even the higher index in this period was of 57.40%.

This procedure carried out by the Defendant violates the provisions of Law 9,069/95, formerly Provisional Measure 542/94, to be demonstrated later in this claim.

The number of individual claims resulting from Defendant's illegal actions that reached PROCON evidences that the damages are more than simple individual damages.

On the other hand, the number of contracts entered into by the several ventures of the Defendant evidences the potential number of persons that may be reached and harmed. These contracts are typical adhesion contracts, ruled by standardized clauses that establish a monthly payment forbidden by law.

We highlight that the list of harmed consumers that contacted PROCON does not contain the total number of persons that may have been harmed by the actions of the Defendant. Nevertheless, this list is very important in terms of showing the extension and proportion of the damages that have been caused.

It is important to point out that the list above described is only an EXAMPLE, and does not cover all the consumers harmed by Defendant's actions.

## STATE ATTORNEY'S OFFICE

## STATE ATTORNEY'S OFFICE

### IV – LEGAL PROVISIONS

The contracts are standardized. It is worth transcribing the provision contained in Article XI, Item 1 of the contracts, which relates to price and respective price adjustment:

"The value of the maintenance fee will be adjusted according to the increase patient/day and according to the provisions of the First Paragraph of Article XIII."

On the other hand, Article XIII, Item 1, rules on the automatic adjustment of the monthly payments due to marriage or new baby(ies).

More recent contracts establish that:

"The value of the monthly payment will be adjusted according to the increase patient/day, with calculation to be revised in June and December or at any time, when the costs increase due to determination of the Government or class entity or when the client, or his/her dependants, changes from one age bracket to another age bracket, according to the provisions below." (Article VII, Item 2)

Article 28 of the mentioned Law 9,069/95 establishes:

"In the contracts entered into in or converted to *revis*, containing adjustment provisions based on price indexes or on an index that reflects the weighted variation of the costs of inputs used, THE ADJUSTMENT WILL BE APPLIED ON AN YEARLY BASIS."

"First Paragraph: THE ADJUSTMENT PROVISION THAT ESTABLISHES AN ADJUSTMENT IN A PERIOD INFERIOR TO ONE YEAR WILL BE NULL AND VOID AND WILL HAVE NO LEGAL EFFECTS."

The Plaintiff highlights that this provision was already contained in Provisional Measure 542/94, that established the Real Plan, and that was constantly reenacted until it became Law 9,069/95.

If the price increases applied by Defendant are considered mere adjustments, they are illegal, because they violate Law 9,069/95. Defendant carried out price increases in July, 1995 and October, 1995, as evidenced by the attached documents. Therefore, such price increases infringe the annual periodicity of the adjustments.

This is the heart of the matter.

The insertion of the provision relating to the cost patient/day and the provision establishing the transfer of costs at any time contained in the standardized contracts – adhesion contracts – allow, in fact, a constant CONTRACTUAL REVISION by the company. This contractual revision is unilateral and has no limitations, whether in relation to the amount to be transferred, or in relation to its periodicity. Law 9,069/95 becomes ineffective and Defendant remains above any and all law.

The adjustment by the variation of the cost patient/day established by the above transcribed provisions is CLEARLY A DISCRETIONAL PROVISION. Further, it keeps the contract price subject to the exclusive discretion of one of the parties. That is, subject to the discretion of the company. In addition, it is not an adjustment *stricto sensu*, but a true unilateral revision, made in the way, at the time and at the percentage established by the Defendant.

There is no control over the cost patient/day or over hospital costs. Also, the appraisal of these costs is not subject to any surveillance of any government agency. Thus, we conclude that, despite all economic stability gained with the Real Plan, THE ONLY INDUSTRY THAT THINKS IT IS ENTITLED TO PERMANENTLY AND REPEATEDLY REVISE THE CONTRACT UNILATERALLY, regardless of the consent of the contracting party, are the contracts entered into by these companies and related to healthcare plans for the rendering of hospital and medical assistance.

From the legal point of view, the iniquity and illegality resulting from these actions are obvious.

Adjustment and contractual revision are two different things. The difference between them is notorious, and there is extensive and widespread jurisprudence legal writings and case law on this matter.

## STATE ATTORNEY'S OFFICE

Contractual revision is connected to price rebalance due to the modification of the conditions of execution of the contract or due to supervening facts that significantly increase the charges of the person executing it. Adjustment is a mere rebalance of value according to the inflation of a certain period.

However, with regard to the Defendant's activities, there is no provision that establishes an adjustment predictable to the contracting parties, by an official index periodically published, to allow the consumers to predict the price and to comply with the provisions of Law 9,069/95.

In fact, the above mentioned provisions contained in the standard contract entered into between the Defendant and its customers, since they are discretionary provisions, violate Article 115 of the Civil Code:

"All the provisions that the law does not expressly forbid are legal. The provisions that withdraw all the effects of an act or that subject it to the discretion of one of the parties are among the forbidden conditions."

In view of the above mentioned provisions of the standard contract, of the claims before Procon and of the consumers' payment receipts, it is observed that, in fact, the value of the monthly payments is totally subject to the discretion of the Defendant. The Defendant, as per the contractual provision, simply transfers any and all additional cost in the amount and at the time that is convenient to it. This cost is not officially divulged or controlled.

In addition, Defendant is not concerned with obtaining the consent of the contracting party for repeatedly enforcing this conversion.

At the time of the *real*, the inflation was reduced to the insignificant rate of 15% per year, approximately, as evidenced by the evolution of the several indexes that measure currency variation, published in any economy section of a newspaper of medium distribution. Thus, the procedure adopted by the companies is strange. This procedure, in a last analysis, is clearly abusive in light of the Consumer Protection Code.

## STATE ATTORNEY'S OFFICE

In this regard, the provision of Article 51 of the Consumer Protection Code:

"It is null and void, among others, the contractual provisions related to the supply of products that:

...

IV – set out obligations considered inequitable, abusive, that put the consumer in a very disadvantageous position, or that are not compatible with good faith and equity principles;

...

IX – allow the supplier, directly or indirectly, to enforce unilateral price variation;"

Furthermore, the Consumer Protection Code clarifies to which extent the advantage appointed in Item IV is considered exaggerated. Its First Paragraph establishes the following:

"It is considered, among others, an exaggerated advantage the advantage that:

I – harms the fundamental principles of the legal system to which it belongs;

II – limits fundamental rights or obligations inherent to the nature of the contract, in such a way that it threatens its purpose or natural balance;

III – burdens the consumer in excess, taking into account the nature and content of the contract, the interest of the parties and other circumstances particular to the case."

The indiscriminate transfer of hospital and medical costs, as well as the provision that establishes the price adjustment by the variation of the cost patient/day, as per item 1 of Section IX (old contracts) or item 2 of Section VIII (new contracts), makes the monthly payment price to remain a mystery for the consumer. Thus, the consumer remains totally subject to constant price variation, unilaterally set by the contractor. Obviously, this circumstance is

## STATE ATTORNEY'S OFFICE

## STATE ATTORNEY'S OFFICE

excessively burdensome and violates the financial-economic balance of the relationship, especially if we take into consideration the fact that, since the promulgation of the Real Plan, the salaries and savings have not been increased in the same proportion as the values increased and transferred by the Defendant in the same period.

During an economic stability, the contractual provision relating to the indiscriminate transfer of costs is obviously arbitrary, and violates all kinds of legal provisions, from the Brazilian Constitution to the Civil Code, and mainly the specific provisions of the Consumer Protection Code.

We highlight that it is an adhesion contract (Article 54 of the Consumer Protection Code). An adhesion contract is a legal document in which the provisions are previous and unilaterally established by the provider of the goods or services. In addition, the consumer is prevented from discussing or substantially modifying the content of the contract.

The consumer does not have power to negotiate. The consumer has only the option to adhere to the proposal or to reject it in its entirety.

In this case, the classic principles of contracts law, such as the power that the contracts have to oblige the parties, the intangibility of the agreement and the rigidity of the provisions are attenuated in view of its weak power to bind the parties.

The existence of a clause with such content, because of its arbitrary character, cannot prevail when a currency is stable. The occasional transfer of costs cannot be construed as legal adjustment. The legal adjustment must be clearly established in the contract, in the periodicity allowed by Law 9,069/95, based on an index also established in the contract and that may be easily known by all the interested parties.

Therefore, this provision is clearly arbitrary. Thus, it results in a violation, an action clearly abusive and iniquitous to the consumers, subject to protest through this collective action.

We cannot accept that a consumer that used to pay R\$ 45,32 has to pay R\$ 177,95 FOR THE SAME SERVICES IN LESS THAN A YEAR AND A HALF, while any index that measures price variation was around 35% per year. We also

cannot accept that at this time another consumer that used to pay R\$ 80,12 has to pay R\$ 280,12.

In this sense, we mention the lessons of Carlos Alberto Motta Pinto transcribed in the *Revista do Direito do Consumidor* No. 2 of the Brazilian Institute of Consumer Rights and Politics, page 169:

"The risks of adhesion contracts are notorious: restriction of the individual consumer's freedom to enter into contracts, modification of balanced solutions — although supplementary — set forth by law, unilaterally favoring the person that drafted the contract; possible transformation of economic industries into full cartels, through identical forms printed by all companies, in such a way that a person that does not accept this form is excluded from the legal relationships; creation of rules, by private companies, that are similar to the government legal authority (*Teoria Geral do Direito Civil*, 2<sup>nd</sup> edition, Limitada Publishing, 1983, Coimbra, page 101)"

In view of the above, it is clear that the main purpose of Mr. Pinto is to demonstrate that, in view of the economic stability desired and now achieved by our country, there is no room to the insertion or survival of such a provision. Therefore, once we acknowledge its arbitrariness and abuse, this provision must be definitively excluded from the contracts.

The ARBITRARINESS is exclusively characterized by the insertion of this contractual provision that must be excluded.

But that is not all. From an exclusively economic point of view, based on this clearly arbitrary contractual provision, we may conclude that the economic abuse is widespread practice and is not subject to any control or law. The unjustified increase, many times exorbitant and groundless, is common and lies in the deceptive contractual provision that allows this action.

The possible economic abuse seems obvious, in view of the number of claims and the interest of the proper bodies in observing such costs usually divulged in the press.

Thus, Mr. Pinto concludes, once it is demonstrated that the transfer of hospital and medical costs or the mere definition of the price based

## STATE ATTORNEY'S OFFICE

## STATE ATTORNEY'S OFFICE

on the cost patient-day is not a legal price adjustment, but in fact, an unilateral and permanent revision of the price, without any term or amount limit, violating legal provisions in effect, it shall be analyzed if its nullity must be expressly acknowledged, as per Article 51, Item 2 of the Consumer Protection Code.

Those are the teachings of Nelson Nery Jr.:

"The Consumer Protection Code guarantees, in these cases, the right of the consumer to judicially modify or revise the contractual provision, that is, the consumer has the right to keep the contract as it is." (*Princípios Gerais do Código de Defesa do Consumidor*, 3<sup>rd</sup> edition, pages 61/62)

The collective protection aimed by Plaintiff in this collective action has grounds on Article 81 of the Consumer Protection Code, because we are dealing with collective interests, as per Article 81, II, and also with homogeneous individual rights, as per provision of Item III of Article 81.

### V – CLAIM FOR INJUNCTION

The injunction shall be granted, as per Article 12 of Law 7,347/89 and also as per Article 84, Item 3 of the Consumer Protection Code.

As per the explanations and evidences contained in this lawsuit, it is clearly evident that Defendant ignores Law 9,069/95 that forbids the adjustment in a period inferior to one year, because Defendant unilaterally modifies the price of the monthly payment. This price modification is carried out without notice to or consent from the contracting party, probably based on the abusive contractual provision transcribed above.

With absolutely no formality, Defendant changes the price of the monthly payment, based on the other contractual provisions that establish contract termination in case of non-payment, causing the loss of the right to any medical assistance.

The grounds for the grant of the injunction are clearly characterized: the *fumus boni juris* and the *periculum in mora*.

The *fumus boni juris* (indication of legally supported right) is characterized by the right of the consumer to protection against abusive provision, as per Article 6, IV of the Consumer Protection Code. Such right is being clearly violated by Defendant through the enforcement of Item 1 of Section IX or Item 2 of Section VIII, depending if the contract is new or old.

Also, the *periculum in mora* (risk of perishing of a right) is evident, as the non-payment of the monthly payments at the value unilaterally established by Defendant may cause contract termination and loss of the right to medical assistance (Section XVII, 6).

The consumers of this relationship are individuals that, because of several reasons, depend on medical assistance. This dependence makes the consumers hostages of the prices unilaterally imposed by Defendant. A contract termination would lead to a true *via crucis* for the enrollment at another healthcare plan, subjection to another grace period, besides the standard actions of the healthcare companies. In addition, it is worth mentioning the risk of being left without medical assistance in case of emergency, in case the consumer is in default.

On the other hand, the annual periodicity of the adjustment is set out by the law. Thus, all the collections made as mere adjustments in a period inferior to 12 months are expressly and literally forbidden by law (whether related to monetary variation or inputs variation).

Therefore, PRELIMINARILY, the Plaintiff requests that Your Honor orders:

1. – the IMMEDIATE PROHIBITION of adjustments made in periods inferior to one year, as set forth by Law 9,069/95, under the penalty of fine of two thousand reais (R\$ 2,000) for each time Your Honor's order is violated. The forbidden adjustment, regardless its annulability, is the adjustment related to the monetary variation that took place in the period and ascertained through a published official index.

2 - the IMMEDIATE PROHIBITION of the unilateral transfer of hospital and medical costs or "adjustments" by the value patient-day set forth by contractual provisions, while this lawsuit is in course. The engagement of hospital and medical services by the consumers should remain in effect. The standards of

## STATE ATTORNEY'S OFFICE

## STATE ATTORNEY'S OFFICE

hospital, doctors, clinics and labs of Defendant's network or of a third party's network shall remain the same, under the penalty of fine in the same value requested under Item 1 above.

The grant of injunction, as requested, is essential to the success and effectiveness of this lawsuit, since, as highlighted, the non-payment of the monthly payments unilaterally revised and ascertained, if not annulled, will cause the contract immediate termination and immediate suspension of the assistance (Clause XVII,6).

### VI – FINAL CLAIM

Based on the foregoing, the Plaintiff hereby pleads Your Honor to order the summoning of the Defendant should it desire to contest this lawsuit under penalty of being tried *in absentia*, so that these claims are FULLY GRANTED to:

- 1) definitively acknowledge the illegality of the collection of adjustments that do not take into account the nullity set out by Law 9,069/95, and, consequently, to condemn the Defendant to generally return the amounts that were wrongly paid twice, as per Article 42, Sole Paragraph, and Article 95 of the Consumer Protection Code;
- 2) in view of the above acknowledgement, order Defendant to perform a positive covenant. That is, to adequate the contractual provision on adjustment to the Consumer Protection Code and to Law 9,069/95, establishing, jointly with the consumers, in a clear, precise and unarguable way, the official and qualified index of monetary adjustment that will be used for the adjustment of the monthly payments, as per the federal legislation applicable to adjustment periodicity.
- 3) acknowledge the abuse of the provision of the standard contract entered into by the Defendant that allows the adjustment by the increase of the cost "patient-day" and transfer, at any time, of costs, as per Article 51 of the Consumer Protection Code, therefore, stating the nullity of this provision, and to definitively forbid the requirement of any addition to the monthly payment in

force due to transfer of costs representing the review, without the express and literal agreement of the consumer;

- 4) following the plea of Item 2, be ordered that the contractual revision of the prices based on the transfer of the costs obeys previous detailing and extensive clarification by the company before the consumer and takes into account the consumer's express consent.
- 5) condemn the Defendant to pay the court costs and attorney's fees.

Plaintiff requests the publication of the notices set out in Article 94 of the Consumer Protection Code, to make interested parties aware, as well the permit for the Public Attorney's Office to review this lawsuit as per Article 92 also of the Consumer Protection Code.

Finally, we request the dismissal of payment of court costs, as per Article 87 of the Consumer Protection Code.

Plaintiff protests to prove its allegations through all types of evidence allowed by law, without exception.

Under these terms, Plaintiff attributes to this lawsuit the value of ten thousand reais (R\$ 10,000) and requests the benefits of Article 172 of the Consumer Protection Code.

Acceptance is pleaded.

São Paulo, July 8, 2006

[blank]

VERA MARIA DE OLIVEIRA NUSDEO LOPES

State Attorney