

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
PRÓ-REITORIA DE ENSINO, PESQUISA E EXTENSÃO
MESTRADO EM DIREITO

**A DEFENSORIA PÚBLICA E O ACESSO COLETIVO À
JUSTIÇA**

AMANDA MARQUES BATISTA

Recife/2008

AMANDA MARQUES BATISTA

**A DEFENSORIA PÚBLICA E O ACESSO COLETIVO À
JUSTIÇA**

Dissertação apresentada como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito, pela Universidade Católica de Pernambuco, sob a orientação do Professor Doutor José Elias Dubard de Moura Rocha.

Recife/2008

FICHA CATALOGRÁFICA

B586d

Batista, Amanda Marques

Defensoria pública e o acesso coletivo à justiça /
Amanda Marques Batista; orientador José Elias Dubard
de Moura Rocha, 2008.

119 f.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica de Pernambuco.
Pró-reitoria Acadêmica. Mestrado em Direito, 2008.

1. Acesso à justiça. 2. Interesses coletivos. 3. Defensoria pública.
4. Direito processual coletivo. I. Título.

CDU 347.9

AMANDA MARQUES BATISTA

A DEFENSORIA PÚBLICA E O ACESSO COLETIVO À JUSTIÇA

Dissertação aprovada como requisito à obtenção do título de Mestre em Direito, pela Universidade Católica de Pernambuco, por uma comissão examinadora formada pelos seguintes professores:

Prof. Dr. José Elias Dubard de Moura Rocha - UNICAP

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira – UNICAP

Prof. Dr. Delosmar Domingos de Mendonça Junior – UFPB

Recife/2008

Dedico este trabalho a **José Celestino da Silva Filho**, presente de Deus em minha vida, esposo e companheiro inarredável, a quem devo todo o estímulo e abnegações lançados na conquista deste sonho.

Agradeço a Deus por mais esta oportunidade de aperfeiçoamento como pessoa e profissional do Direito. Aos meus pais, Manoel e Severina, paradigmas responsáveis pela base que me conduziu a este título. Aos irmãos e familiares, pelo incentivo e compreensão nos momentos ausentes. Ao professor e orientador José Elias Dubard de Moura Rocha, pelos inestimáveis ensinamentos, dedicação e paciência. Às amigas Layde Lana e Taciana Alves pelo compartilhamento nos momentos difíceis e vitoriosos. A todos que torceram pela concretização deste trabalho.

RESUMO

O presente estudo destinou-se à compreensão do conceito de acesso coletivo à justiça, a partir da verificação do que é, como ocorre, quais os mecanismos existentes no sistema processual vigente que propiciam o acesso à justiça dos grupos sociais necessitados, bem como a legitimidade da Defensoria Pública para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Em virtude do crescente número de conflitos coletivos existentes atualmente, os quais giram em torno dos direitos do consumidor, da proteção ao meio ambiente, à saúde pública, entre outras demandas de repercussão social, surgiu a preocupação com a defesa dos interesses coletivos daqueles que além de não disporem de meios suficientes para arcar com os custos de um processo judicial, desconhecem tanto os seus direitos quanto os instrumentos hábeis a reclamá-los. Muito se tem falado acerca do acesso à justiça, porém ainda não resta clara a compreensão do seu significado, principalmente quanto ao acesso coletivo à justiça, motivo pelo qual debruçou-se neste momento sobre o presente tema, buscando construir um conceito apto a revelar o verdadeiro papel do Estado na prestação jurisdicional, a partir do estudo sobre a legitimidade da Defensoria Pública, do seu papel como função essencial à justiça, conforme disposto na Constituição Federal de 1988, avaliando a sua atuação nas ações coletivas, tanto nas fases cognitiva e executória da sentença. Foram abordados significados como os de lide, litígio, necessidade, interesse, pretensão, conflitos coletivos, legitimidade, representação, interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, os quais subsidiaram a investigação pretendida. Foi avaliada a inovação trazida com a Lei nº 11.448, de 15 de Janeiro de 2007, que ampliou o rol dos legitimados para a propositura da Ação Civil Pública, inserindo entre eles a Defensoria Pública, bem como foram avaliadas as críticas contrárias à referida legitimidade e a Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público, sendo essas críticas todas refutadas com base na análise hermenêutica dos textos legais, no entendimento da doutrina e nos posicionamentos jurisprudenciais predominantes. Este trabalho procurou endossar a legitimidade da Defensoria Pública na sua defesa dos interesses coletivos, individuais homogêneos e, sobretudo, dos interesses difusos das classes sociais menos favorecidas, tendo em vista o direito fundamental da coletividade à prestação jurisdicional do Estado, cujo provimento, para ser alcançado, depende da atuação efetiva da Defensoria Pública, prerrogativa indispensável para o acesso coletivo à justiça.

Palavras-chave
Acesso à justiça

Interesses coletivos

Defensoria Pública

ABSTRACT

The present study set out to understand the concept of collective access to the judicial system, starting from the verification of what this means in practice, how it is effected, and what mechanisms exist in the prevailing legal system that allow needy social groups to access the judicial system, as well as the legitimacy of the Public Legal Aid Service in defending diffuse, collective and homogeneous individual interests. In view of the current increase in the number of collective disputes involving the rights of consumers, protection of the environment, public health, among other demands with social repercussions, there arose a concern for the defence of the collective interests of those who, besides not having the financial means to pay the costs of a legal action, are lacking in knowledge not only of their rights, but also of the appropriate instruments for demanding these rights. Much has been spoken on access to the judicial system, but the understanding of its meaning remains unclear, particularly with regard to collective access to the system. As a result, it was decided to focus on this issue with the aim of formulating a concept capable of disclosing the true role of the state in providing a judicial service, taking as starting point a study of the legitimacy of the Public Legal Aid Service and its role as an essential organ of the judicial system, in accordance with the provisions of the Brazilian constitution of 1988, evaluating the performance of the service in collective legal actions, in both the cognitive and executory phases of the sentence. The meaning of terms such as “lide” (dispute), “litígio” (litigation), “necessidade” (need), “interesse” (interest), “pretensão” (claim), “conflitos coletivos” (collective conflicts), “legitimidade” (legitimacy), “representação” (representation) and “interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos” (diffuse, collective and homogeneous individual interests), all of which contributed data for the investigation, was addressed. An assessment was made of the innovation introduced by Act nº 11,448, of 15 January 2007, which extended the number of legal entities legitimated to initiate a Public Civic Action, including the Public Legal Aid Service, and of the criticisms of those opposed to the abovementioned legitimacy and of those members of the Public Prosecution Service who initiated a Direct Action of Unconstitutionality, all of these criticisms being refuted on the basis of a hermeneutic analysis of legal texts, an understanding of legal doctrine and the predominant stances adopted by judges. This paper sought to endorse the legitimacy of the Public Legal Aid Service in its defence of homogeneous individual and collective interests, and, above all, the diffuse interests of the less privileged social classes, bearing in mind the community’s basic right to legal assistance from the state, the successful provision of which depends on the effective actions of the Public Legal Aid Service, an indispensable condition for collective access to the judicial system.

Keywords: access to the judicial system; collective interests; Public Legal Aid Service.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
1 ACESSO À JUSTIÇA.....	14
1.1 Aspectos sócio-político-econômicos do acesso à justiça.....	14
1.2 Concepções tradicionais acerca do acesso à justiça.....	18
1.3 Acesso à justiça no contexto da modernidade.....	29
1.4 Evolução do significado de acesso à justiça no Brasil.....	34
1.5 Acesso à justiça: um direito fundamental.....	37
1.5.1 Direitos fundamentais e suas dimensões.....	37
1.5.2 O Direito fundamental ao acesso à justiça e a sua dimensão.....	41
2 CONFLITO DE INTERESSE COLETIVO.....	44
2.1 Lide e litígio.....	44
2.2 Panorama dos conflitos coletivos.....	49
2.3 Direito ou interesse?.....	53
2.4 Interesses coletivos.....	55
2.5 Interesses difusos.....	57
2.6 Interesses individuais homogêneos e sua relação com os interesses transindividuais.....	60
2.7 Tutela coletiva de direitos X tutela de direitos coletivos.....	67
2.8 Mecanismos de tutela dos interesses transindividuais e individuais homogêneos.....	70
2.9 Aspectos positivos das ações coletivas.....	75
3 DEFENSORIA PÚBLICA E ACESSO COLETIVO À JUSTIÇA.....	77
3.1 Defensoria Pública no Brasil.....	77
3.2 Legitimidade ativa para a propositura das ações coletivas.....	80
3.3 Legitimação do Ministério Público.....	87
3.4 Legitimação das associações e dos sindicatos.....	89
3.5 Legitimação da Defensoria Pública.....	91

3.6 Legitimação da Defensoria Pública para a execução coletiva.....	102
CONCLUSÕES.....	108
REFERÊNCIAS.....	113

INTRODUÇÃO

Sendo indispensável a proteção aos interesses coletivos dos grupos sociais formados por aqueles que não dispõem de meios suficientes para subsidiar a satisfação das suas pretensões, problema bastante discutido no âmbito do direito individual de acesso à justiça, inicia-se o presente estudo visando à análise dos mecanismos ineficientes de ingresso coletivo à justiça existentes no sistema processual vigente e à investigação acerca da legitimidade da Defensoria Pública para a defesa desses interesses, enquanto instrumento condutor do acesso coletivo à justiça.

Urge salientar, desde logo, que a expressão “coletivos” utilizada tanto no título como no transcorrer do presente trabalho está sendo empregada em seu sentido amplo, para designar aqueles interesses pertencentes à coletividade, também chamados de metaindividuais ou transindividuais, cujos conceitos serão pormenorizados em capítulo próprio.

O crescente aumento no número de conflitos coletivos, aliado à carência por uma assistência jurídica que além de legitimada à proteção dessas novas demandas esteja próxima dos titulares desses interesses, como por exemplo, das associações de bairro, das classes menos favorecidas, das categorias minoritárias, de modo a exercer efetiva proteção jurídica, remete ao estudo dos conceitos sobre acesso coletivo à justiça e sobre a Defensoria Pública enquanto instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a fim de entender seus verdadeiros significados, frente às leis, à doutrina e à jurisprudência.

A presente pesquisa será feita por meio de estudo hermenêutico dialético, onde se buscará na interpretação dos significados que circundam o acesso coletivo à justiça - dentre os quais destaca-se o próprio significado de acesso, de justiça, de interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, de conflitos coletivos, de direito e interesse, de legitimidade e representação, de assistência jurídica, judiciária e Defensoria Pública, entre outros que serão questionados, - a compreensão mais adequada sobre o papel da Defensoria Pública na defesa dos interesses metaindividuais dos necessitados.

O primeiro aspecto a ser abordado refere-se à própria compreensão do acesso à justiça, cujo tema, apesar de bastante discutido na doutrina, revela imprecisões quanto a essência, extensão e efetividade, motivo pelo qual serão investigados os seus aspectos sócio-político-econômicos, momento em que será avaliada a própria função do Direito frente ao

conjunto de necessidades sociais, sopesando o sistema de prioridades para a manutenção da ordem e minimização dos conflitos.

Com foco na concepção doutrinariamente difundida, serão suscitados questionamentos sobre os conceitos que tratam do acesso à justiça de forma ambígua, como, por exemplo, aqueles que reduzem-no a acesso ao processo, ora tratando-o como direito, ora como garantia, nivelando-o com princípios constitucionais assimétricos, extirpando as características extraprocessuais, dando como solucionadas questões ainda entravadas sobre os meios de ingresso em juízo. As constatações daqui decorrentes servirão de base para a construção do significado de acesso à justiça.

Serão abordadas as características dos conflitos sociais, sob o estudo do sistema de prerrogativas, provimentos e chances de vida nas sociedades modernas, a fim de identificar as reais necessidades coletivas e os fatores que levam à proliferação das disputas em torno delas. A partir disto será possível visualizar os provimentos indispensáveis à satisfação social, bem como os mecanismos hábeis a alcançá-los.

O próximo desafio consistirá em avaliar o equilíbrio entre as prerrogativas de acesso e os provimentos que constituem a justiça, analisando os motivos que levam boa parte da sociedade a se afastar do provimento almejado, bem como os tipos de prerrogativas próprias ao seu acesso.

Importante também para o entendimento aqui almejado é a análise da evolução conceitual do acesso à justiça no Brasil, seu reconhecimento formal e previsões legais vigentes, cujos dados subsidiarão o estudo da sua natureza jurídica e dimensão em que está enquadrado.

Sendo o convívio social marcado pela multiplicidade de interesses, muitos deles incompatíveis uns com os outros, fato que demanda organização, por meio da fixação de normas de conduta aptas a permitir uma harmonia entre as pessoas e entre estas e os bens colocados à sua disposição, este é o objetivo do direito, sem o qual a organização não pode ser concebida.

Portanto, necessidades, interesses e pretensões integram a condição humana e por vezes desembocam em conflitos sociais, os quais devem ser neutralizados por meio de mecanismos eficientes, motivo que nos impulsiona a estudá-los.

Desta forma, as ações coletivas surgiram justamente para adaptar o sistema processual à nova realidade, composta por interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, os quais serão conceituados no capítulo referente aos conflitos de interesses coletivos, tendo as referidas ações proporcionado a diminuição do número de processos sobre

a mesma matéria no Poder Judiciário, representando, assim, o reconhecimento formal da cidadania coletiva, devendo o Estado cuidar para que o aparato judicial possa estar sempre preparado não apenas para dirimir os conflitos oriundos dos novos interesses de massa, mas principalmente para viabilizar a tutela coletiva dos necessitados.

Considerando a visão tradicional do processo como uma relação entre duas partes, autor e réu, em face dos seus interesses individuais, o reconhecimento e a tutela dos direitos coletivos sofreram certa resistência, dificultando a atuação de juízes, profissionais do direito e cidadãos na defesa desses novos interesses, haja vista que os procedimentos e regras processuais não estavam a eles adaptados.

Daí a importância de esclarecer o significado e a abrangência dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, como forma de aproximá-los da sociedade, especialmente difundindo-os entre os grupos e entidades integrantes do rol de legitimados para a propositura das ações coletivas, sensibilizando-os do seu papel enquanto defensores desses direitos de alta relevância social.

Vale ressaltar a importância do estudo sobre a defesa coletiva de direitos e a defesa de direitos coletivos, suas semelhanças e divergências, seus instrumentos, de maneira que as referidas tutelas sejam aplicadas adequadamente.

Como a proteção aos interesses metaindividuais demandou uma atuação legal junto à economia, ao patrimônio público e sócio-cultural, ao meio ambiente, às relações de consumo, entre outros setores agredidos da sociedade, surgiram dispositivos legais aptos a disciplinar essas relações de âmbito coletivo e minimizar os óbices às vias judiciais, tais como a Lei nº 4.717/65 - Ação Popular, a Lei nº 7.347/85 - Ação Civil Pública, a Constituição Federal de 1988, com a criação do Mandado de Segurança Coletivo e da Ação de Improbidade Administrativa e a Lei nº 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor, os quais serão estudados ao longo do presente trabalho.

Buscar-se-á observar as vantagens proporcionadas para as partes e para a própria administração da justiça com a utilização das ações coletivas, em relação à reunião de demandas num único processo, à possibilidade das causas de pequena monta se reunirem e adquirirem força para litigar contra os grandes empresários ou até mesmo contra o Poder Público, entre outros aspectos positivos favoráveis à proteção dos interesses metaindividuais.

Conhecidas as vicissitudes sobre os conflitos de interesses coletivos, de suma importância será o conhecimento da função da Defensoria Pública dentro do Estado Democrático de Direito, na proteção e assistência desses interesses, a fim de determinar como

deverá ser e o que abrangerá a sua atuação, bem como quais os mecanismos para a sua efetiva prestação assistencial.

Com base nos diplomas legais relacionados à Defensoria Pública, a saber, a Constituição Federal de 1988, a Lei Complementar nº 80/94, a Lei Complementar Estadual nº 20/98, a Lei 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública e a Lei 1.060/50 – Lei da Assistência Judiciária, procurar-se-á identificar a legitimidade desta instituição para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, verificando, inclusive a natureza desta legitimidade e a sua extensão processual sobre a fase executória da sentença.

Reputa-se também importante o estudo da atuação dos demais legitimados para as ações coletivas, especialmente, o Ministério Público, os Sindicatos e as Associações, investigando a participação desses entes no acesso coletivo à justiça, comparando as suas funções com as previstas para a Defensoria Pública, em defesa dos necessitados.

A Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007 que alterou o artigo 5º da Lei nº 7.347/85, inserindo a Defensoria Pública como legitimada para a propositura da ação civil pública, representa uma louvável iniciativa no reconhecimento formal da legitimidade aqui perseguida em favor dos menos favorecidos.

Entretanto, grande discussão doutrinária e jurisprudencial se dá em torno da legitimidade extraordinária conferida à Defensoria Pública quando da sua inserção como legitimada para a Ação Civil Pública, fato que suscitou a propositura pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI contra o inciso II do artigo 5º da Lei 7.347/85, com redação dada pela Lei 11.448/07, por contrariar, segundo argumenta a autora, o disposto no art. 5º, LXXIV, e art. 134, caput, da Constituição Federal.

A ADI acima mencionada será objeto de análise no presente estudo, de modo que se recorrerá à doutrina, à jurisprudência e à hermenêutica sobre os textos legais pertinentes, a fim de extirpar-se esta ameaça à tutela dos interesses coletivos dos necessitados, cujo fundamento desde já parece refutável.

Negar aos necessitados o direito de submeter à apreciação judicial os seus interesses, especialmente quando esses interesses pertencem não apenas a um necessitado, mas a toda a coletividade é negar-lhes mais do que o acesso à justiça; é negar-lhes o acesso ao Direito, à cidadania, à dignidade humana.

1 ACESSO À JUSTIÇA

1.1 Aspectos sócio-político-econômicos do acesso à justiça

O homem, ser naturalmente sociável porque necessariamente mantém interdependência com outros homens, agrupa-se de modo organizado para melhor satisfazer as suas necessidades, organização esta que implica na formação de hierarquias entre eles e os seus interesses, surgindo a partir daí desigualdades sociais, neutralizadas pela institucionalização de um poder hábil a controlar os desejos humanos.

A vida em sociedade leva à existência de conflitos de interesses, decorrentes da disputa entre os homens pelos bens e necessidades, aqueles em número insuficiente para suprir estas últimas, cabendo ao Direito prevenir, compor e impor soluções, por intermédio de um poder político institucionalizado.

Sendo assim, não se pode excluir o homem da sociedade, nem tampouco a sociedade do Direito, do poder, este último concebido como responsável pela coordenação e submissão das vontades humanas¹. Daí a clássica afirmativa romana, “*ubi hominis, ibi societas; ubi societas, ibi jus*”².

Se não houvesse conflitos o Direito seria desnecessário, portanto. Mas, como existe uma discrepância entre os bens oferecidos e os desejos dos homens, ou seja, uma escassez dos bens, em face da saciedade humana, urge ao Direito estabelecer o equilíbrio entre o jurídico e o econômico³.

Nesta missão de estabilizar a ordem social, o Direito concede a algumas pessoas, em detrimento de outras, certos bens da vida, impondo limites à liberdade individual em benefício da liberdade coletiva, numa perene construção da paz social.

¹ PASSOS, J. J. Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo**: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 45, enfatiza que “se a sociedade é pressuposto essencial da condição humana, o poder, devemos também reconhecê-lo, é pressuposto essencial à sociedade. Caso conviver seja um mal, será um mal necessário. O mesmo ocorre com o poder – se ele for um mal, é um mal inevitável”.

² Onde está o homem, está a sociedade; onde está a sociedade, está o direito.

³ PASSOS, op. cit., p. 54, adverte que em meio a este estado de coisas, onde conflitos surgem das lutas de classes entre governantes, governados, privilegiados e desprivilegiados, está o Direito, “sofre-lhe a influência e sobre ele influencia, seja ao formalizar previamente modelos e estruturas de consenso necessárias à estabilidade da ordem social instituída, seja ao efetivá-los decidindo conflitos. Evidente, portanto, a correlação entre o Direito e a realidade sócio-político-econômica sobre que ele incide”.

A ordem jurídica, pois, ao satisfazer as necessidades, minimizando os conflitos de interesses, está realizando, em maior ou menor medida, justiça, de acordo com o grau de satisfação da sociedade, sendo o Direito o responsável pela sua implementação⁴.

E o poder, na sua tarefa de manter o equilíbrio social submete, domina, impõe limites, revestindo-se de previsibilidade e ordem, ou seja, de segurança, disciplinando de forma impositiva a divisão do trabalho e a apropriação dos bens produzidos pelo trabalho, buscando minimizar as insatisfações sociais, numa incessante busca pela paz.

O acesso à justiça, desde a transição do Estado Liberal para o Estado Social⁵ até os dias atuais, é tema bastante discutido na doutrina brasileira, certamente porque ainda não representa uma realidade na sociedade atual, pois sabe-se que boa parte da população carece de assistência jurídica e judiciária, não conhece os seus direitos, nem os meios para efetivá-los.

Mediante a concepção liberal, cabia ao Estado a previsão formal dos direitos, sendo suficiente a declaração solene dos mesmos, pouco importando a sua verificação prática, já que as divergências econômicas e sociais das pessoas não eram levadas em consideração, não sendo objeto de preocupação do Estado. Todavia, a partir do século XX, o Estado, denominado Estado Social, assumiu a função de além de declarar os direitos, criar instrumentos hábeis à sua concretização, pondo-se “a braços com a tarefa nova de criar mecanismos práticos de operação dos direitos fundamentais”⁶.

Muito se tem reclamado da justiça burocratizada, da sua ineficiência e impotência para a solução dos litígios a ela submetidos, fato que tem propiciado o aumento no número de reformas nas leis processuais, sem que tais alterações legislativas tenham conseguido reduzir o grau de insatisfação das pessoas em relação ao Judiciário⁷.

⁴ PASSOS, op. cit., p. 65, afirma ser o Direito “sempre uma forma possível de realização histórica e social da justiça, não de uma justiça absoluta, nem necessariamente a mais perfeita. Ele apenas formaliza e busca implementar o projeto de justiça possível nos limites da contingência que lhe dita e lhe põe a correlação real das forças operantes da sociedade. Pode-se, pois, dizer que toda ordem jurídica realiza alguma justiça e que ela será tanto mais quanto menos necessidades deixar insatisfeitas e menos expectativas desatendidas instituir”.

⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 183-184, demonstra que na época do Estado liberal havia a preocupação com a previsão formal dos direitos, não importando a relação destes com as desigualdades sociais e econômicas, nem tampouco com a sua concretização, interesse que somente veio a constar nas constituições do século XX, onde foram inseridos os chamados “direitos sociais”, com o objetivo de viabilizar a verdadeira participação dos cidadãos na sociedade.

⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional. Insuficiência da Reforma das Leis Processuais. **Revista de Processo**. São Paulo, ano. 30, n. 125, p. 64, julho 2005.

⁷ Idem, p. 61, Theodoro Júnior ressalta que não só no Brasil o clamor pela eficiência da justiça é verificado, mas também nos principais países do mundo civilizado, destacando ainda que nem mesmo aqueles “que se gabam de ter produzido, em campo da ciência jurídica, monumentos gloriosos na edição de seus Códigos”, escapam às reformas em suas leis processuais.

Ora, se com o Estado social os cidadãos passaram a dispor de garantias constitucionais capazes de viabilizar a efetividade dos direitos até então apenas formalmente previstos, podendo assim exigir do Estado a prestação dos direitos previstos no texto constitucional, como justificar a permanente insatisfação das pessoas frente ao Judiciário, ao ordenamento jurídico como um todo?

Na verdade, a partir dessas transformações, a consciência que as pessoas passaram a ter sobre os seus direitos e sobre a forma de efetivá-los, as induziu a um ingresso cada vez maior ao Judiciário visando conquistar as promessas firmadas na Constituição.

As pessoas têm usado cada vez mais as vias judiciais para a solução dos seus conflitos, “notando-se uma disposição de amplas camadas da população a não mais se resignar diante da injustiça e a exigir sempre a proteção dos tribunais”⁸, abarrotando-se o Judiciário em detrimento das soluções extrajudiciais, supervalorizando-se a litigiosidade em vez de se fomentar o diálogo, o consenso.

Tal credibilidade foi logo quebrada quando os jurisdicionados se depararam com as deficiências e inocuidades dos órgãos jurisdicionais, surgindo assim, as frustrações, o descrédito, a insatisfação.

O fato de as pessoas, em geral, serem mais estimuladas a litigar do que a buscar outras formas de pacificação social, como a mediação, a conciliação e a arbitragem, gera um descrédito no Poder Judiciário e uma visão errônea do processo, concebendo-o como uma forma de protelação e não como um instrumento condutor para a solução dos conflitos.

Acredita-se que tais problemas existam em virtude da sua ligação com as barreiras sócio-econômicas existentes na nossa sociedade, as quais favorecem o afastamento das pessoas em face da realização dos seus direitos, dentre eles do direito de acesso à justiça⁹.

Não se pode negar a relação existente entre a desigualdade econômico-social e as oportunidades de conhecimento, reivindicação e defesa dos direitos, na medida em que quanto maiores aquelas desigualdades menores serão as chances de aproximação à tutela jurídica.

Assim como faltam escolas, ensino de qualidade, hospitais, profissionais da área de saúde para o atendimento gratuito ao público, políticas públicas destinadas a recuperação e manutenção das cidades, segurança para as pessoas e bens, fomento para a geração de

⁸ THEODORO JÚNIOR, op. cit., p. 74.

⁹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice**: o social e o político na pós-modernidade, 7 ed, São Paulo: Cortez, 2000, p. 170, em seu estudo sociológico sobre a administração da justiça atesta: “Estudos revelam que a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é o estrato social a que pertencem e que essa distância tem como causas próximas não apenas factores económicos, mas também factores sociais e culturais, ainda que uns e outros possam estar mais ou menos remotamente relacionados com as desigualdades económicas”.

emprego e renda, também assim faltam defensores públicos em número suficiente para atender as pessoas que não dispõem de recursos para a contratação de um advogado, faltam juízes para o deslinde da enorme quantidade de processos existentes por vara, faltam políticas pedagógicas para a profissionalização e educação dos presos, faltam servidores públicos em todos os níveis e instituições públicas.

Tais necessidades, comuns a todos os homens, representam, por um lado, privilégios para aqueles que podem delas dispor e, por outro, causas para a propagação de conflitos, cabendo ao poder político organizar a convivência humana sob a previsibilidade e segurança impostas pelo Direito¹⁰, ciente de que “oferecer informação e orientação jurídica e remediar a ignorância da lei, fenômeno de subcultura característico da nossa época, constituem objetivos tão essenciais como o próprio acesso aos tribunais” (Tradução nossa)¹¹.

Sabe-se que a satisfação plena de todas as necessidades de uma sociedade é algo inalcançável, em razão dos imensuráveis desejos que norteiam a raça humana, dos quais não cabe avaliar se são reais ou irrealis, verdadeiros ou falsos, imprescindíveis ou não. São necessidades, devendo, portanto, serem reconhecidas como tal e amparadas por um sistema institucionalizado capaz de equilibrar as satisfações sociais.

Mas, é possível a satisfação de todas as necessidades? Sem dúvida, sempre há mais necessidades nas sociedades dinâmicas atuais do que aquelas que podem ser satisfeitas pela sociedade nas condições presentes. Isto é certo inclusive quando não levamos em conta as desigualdades sociais das sociedades existentes, algumas das quais são flagrantes. Consequentemente, há de criar-se um sistema que em cada momento dado outorgue prioridade a uma satisfação de determinadas necessidades sobre a satisfação de outras necessidades” (Tradução nossa)¹².

Reputa-se, pois, importante o sistema de prioridades para a manutenção da ordem e minimização dos conflitos, onde as pessoas possam, por meio do consenso participar da fixação das prioridades de forma consciente e democrática¹³.

¹⁰ PASSOS, op. cit., p. 53, alerta que “o Direito relaciona os homens desigualando-os, atribuindo certos bens da vida a determinados sujeitos, excluindo de sua posse e fruição todos os demais”, demonstrando assim que a ordem jurídica institui privilégios, a fim de realizar a justiça.

¹¹ BERIZONCE, Roberto O. **Efectivo Acceso a la Justicia**: propuesta de um modelo para el Estado Social de Derecho. La Plata: Libreria Editora Platense, 1987, p. 133.

¹² HELLER, Agnes. **Una Revisión de la Teoría de las Necesidades**. Barcelona: Ediciones Paidós, 1996, p. 61.

¹³ A autora acima, ainda na mesma página fala do sistema de prioridades, como “o sistema que melhor se adequaria para a determinação de tais prioridades seria um que institucionalizasse a mesma decisão através de alguma forma de debate público democrático. Em tais debates as forças sociais que representam necessidades igualmente reais decidiriam (sempre, uma e outra vez, por meio do consenso) que tipos de satisfação de necessidades deveriam ser realizadas frente a outras necessidades – igualmente reconhecidas. Portanto, o estabelecimento de prioridades de modo algum entra em conflito com o princípio democrático do consenso” (Tradução nossa).

É justamente neste cenário que se insere o acesso à justiça, direito responsável pelo equacionamento das relações “entre o processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade sócio-econômica”¹⁴, servindo de termômetro para medir a oferta de justiça produzida pelo Estado.

O acesso à justiça é reconhecido formalmente pela Constituição como um direito fundamental do cidadão, mas, apesar disso, não vislumbramos a satisfação plena de tal direito pela população, principalmente a carente, gerando assim tensões sociais em busca de uma melhor distribuição dessas prioridades.

<<O direito a algo>> é a autorização legal para ter uma necessidade desse tipo. No entanto, podem surgir sérias tensões entre os direitos, por um lado, e a satisfação das necessidades, por outro. Os direitos reconhecem as necessidades, mas não podem garantir sua satisfação ali onde há demandas em conflitos acerca de recursos escassamente disponíveis. É por isto que não é um problema menor o de se os direitos comportam ou não deveres (obrigações). Se um grupo de pessoas pode alcançar o reconhecimento das suas necessidades sem reconhecer, ao menos, as mesmas necessidades nos outros reclamantes, a linguagem dos direitos serve ao próprio proveito e pode corroer por completo as fibras sociais e políticas de uma comunidade (Tradução nossa)¹⁵.

Temos observado o emprego da expressão acesso à justiça de forma corriqueira, quase como um chavão, designando a solução para todo e qualquer tipo de problema enfrentado pelo ordenamento jurídico, o que tem contribuído para uma concepção equivocada sobre a justiça e os meios para ingressá-la.

Dessa forma, consideramos imprescindível para compreensão do acesso à justiça a avaliação dos conceitos difundidos pela doutrina atual, confrontando a concepção tradicional com os questionamentos que tecemos acerca do tema.

1.2 Concepções tradicionais acerca do acesso à justiça

Conforme mencionamos, o estudo dos conceitos tradicionais difundidos pela doutrina é tarefa importante nesta compreensão do acesso à justiça, de sorte que o faremos de

¹⁴ SANTOS, op. cit., p. 167.

¹⁵ HELLER, op. cit., p. 102-103.

forma dialética, questionando tanto os aspectos positivos como as falhas e imprecisões reveladas nos mesmos, e sua repercussão prática.

Uma noção bastante difundida é a do acesso à justiça como acesso ao Judiciário, a uma justiça burocratizada¹⁶, na qual o Poder Judiciário encontra-se no centro das discussões, enquanto órgão responsável pela distribuição da justiça, cujo assunto, antes reservado para profissionais da área jurídica, está hoje sendo cada vez mais abordado pelos mais variados seguimentos da sociedade civil.

Leigos, sociólogos, religiosos, filósofos e políticos, todos chamam a atenção para uma crise no Judiciário e sugerem mudanças, cada um ao seu modo e dentro da concepção que têm acerca do acesso à justiça¹⁷.

Entretanto, apesar de tão socializado, o Judiciário, bem como os meios de efetivação dos direitos e os próprios direitos dos cidadãos são ainda muito desconhecidos, o que tem dificultado a aproximação das pessoas à justiça e aos meios de pacificação social, e, conseqüentemente, alavancado as discussões sobre o tema aqui em comento.

Na verdade, atribui-se a culpa ao Judiciário, em razão da visão estritamente processual de acesso à justiça, fato que implica não só o abarrotamento de ações judiciais, mas também a angústia por parte daqueles que não podem buscar em juízo a solução para os seus conflitos¹⁸.

(...) Embora corretamente se tenha gerado um relativo consenso acerca da imprescindível necessidade de aperfeiçoar os mecanismos de conciliação e solução amigável dos conflitos, de fato na prática não tem funcionado. É necessário incorporar um novo espírito que, superando a estreita visão do contencioso que não tem outro destino que não o jurisdicional, quase sempre distanciado no tempo e com obstáculos congênitos à gratuidade, sirva para abrir, definitivamente, novos caminhos para a paz social (Tradução nossa)¹⁹.

Por outro lado, quando se fala de previsão legal do acesso à justiça, menciona-se de logo o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal e a Lei que estipula as normas para

¹⁶ PASSOS, op. cit., p. 105, nos ajuda a entender que a expressão justiça está aí empregada não como um valor, mas sim como “o operar das instituições que se propõem traduzir este valor em termos de decisões que interferem na liberdade e no patrimônio das pessoas”.

¹⁷ BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à Justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 123-149, trata dos diversos planos de estudo do acesso à justiça, mencionando-o dentro das perspectivas leiga, técnico-jurídica, sociológica e filosófica, demonstrando as diversas concepções de acesso à justiça, variáveis conforme o observador.

¹⁸ Idem, p. 182 o autor acima diz que “Expressões como ‘vá reclamar seus direitos na justiça’, são largamente utilizadas pelos homens de todos os níveis sociais e econômicos, em substituição à expressão ‘vou te levar à justiça’ de que se valia o mais pobre dos homens, para fazer alguém lhe dar o que era seu. Isso denotava a confiança que se tinha, e se perdeu, nos meios judiciais de solução dos conflitos”.

¹⁹ BERIZONCE, Roberto O., op. cit., p. 69-70.

a concessão da assistência judiciária gratuita²⁰, como se estes pudessem suprir todo o problema e como se o problema fosse apenas o ingresso no Judiciário. É necessário, portanto, estudar o acesso à justiça, com foco no plano da realização dos direitos, ultrapassando os limites do acesso aos órgãos judiciais.

Quanto à previsão contida no inciso XXXV do art. 5º da Constituição, a saber “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito”, não identificamos a previsão do acesso à justiça, vislumbrando, em verdade, uma determinação de âmbito legislativo, pois se proíbe a elaboração de lei que vede a apreciação do Poder Judiciário sobre qualquer lesão ou ameaça de lesão.

Dizer que o direito fundamental do acesso à justiça está previsto no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal é empregar uma interpretação por demais extensiva ao dispositivo legal²¹, além de alocar o acesso à justiça apenas no âmbito judicial, desprezando por completo as vias extrajudiciais de solução dos conflitos, motivo pelo qual discordamos desta interpretação.

Na verdade, observa-se uma distorção no destinatário do dispositivo legal acima apontado, pois tal norma refere-se ao legislador que não poderá criar normas que disponham sobre qualquer tipo de proibição do Judiciário para apreciar lesões ou ameaças de lesões a direito. Não é um dispositivo destinado aos autores das demandas, nem tampouco pode confundir-se com o direito de ação²².

Observa-se, ainda, que o acesso à justiça esteve por muito tempo, e ainda está, ligado ao problema do custo do processo, justamente pela concepção de um acesso à justiça como acesso ao processo, o que contribuiu para que os cidadãos relutassem em exercer os seus direitos e em buscar a solução para os seus conflitos, propagando-se, além disso, o sentimento de injustiça dentre os menos favorecidos.

²⁰ A Lei 1.060, de 05 de fevereiro de 1950 estabelece normas para a concessão da assistência judiciária aos necessitados.

²¹ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. Vol. 1. Salvador: Jus Podivm, 2007, p. 79, defende esta interpretação extensiva quando menciona: “Quando a Constituição fala de exclusão de lesão ou ameaça de lesão do Poder Judiciário quer referir-se, na verdade, à impossibilidade de exclusão de alegação de lesão ou ameaça, tendo em vista que o direito de ação (provocar a atividade jurisdicional) não se vincula à efetiva procedência do quanto alegado; ele existe independentemente da circunstância de ter o autor razão naquilo que pleiteia; é direito abstrato”.

²² MARINONI, op. cit., p. 221, além de nivelar esta previsão constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário com o direito ação, afirma que tal dispositivo legal também garante a tempestividade da tutela jurisdicional, posicionamento divergente do nosso por entendermos que o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal destina-se à atividade legislativa.

Tal concepção não advém apenas dos leigos em direito, mas também dos doutrinadores processualistas, que, mais preocupados em criar normas processuais, têm as mesmas como o único meio de acesso à justiça.²³

São notórias as enormes desigualdades sociais existentes em nosso país, onde uma parcela considerável da sociedade ainda é privada dos seus direitos fundamentais, como educação, saúde, segurança, entre outros, fato gerador de insatisfações, e, conseqüentemente, de conflitos de interesses, os quais se não dirimidos pelo Estado, por meio, em regra, do Poder Judiciário, culminarão em descrédito nas instituições estatais, voltando-se a população para a utilização de meios ilícitos de solução dos conflitos, os quais ao invés de promover a pacificação social, geram, por outro lado, mais violência, mais conflitos.

É inegável, pois, a relação entre as desigualdades sociais, culturais e econômicas e a acessibilidade à justiça, principalmente quando se vê que os cidadãos menos favorecidos tendem a conhecer menos os seus direitos, ou mesmo quando os conhecem, relutam muito mais em ingressar com ação judicial²⁴, o que revela uma barreira cultural difícil de ser transposta.

Daí a importância da socialização dos direitos entre todas as camadas sociais, haja vista que “a superação dos obstáculos culturais de todo tipo que impede o acesso à justiça, requer a implementação de programas sustentáveis de difusão dos direitos, através das modernas técnicas da comunicação social” (Tradução nossa)²⁵.

Observa-se, assim, um acesso à justiça intrinsecamente ligado ao plano de realização dos direitos, de sorte que se o direito não é realizado torna-se letra morta²⁶, morrendo com ele as estruturas sociais, responsáveis pela composição das lides, e as estruturas políticas, a quem cabe a garantia dos direitos e liberdades.

²³ BEZERRA, op. cit., p. 126, afirma que “Estudar e criar mecanismos processuais e garantias processuais não proporcionam um efetivo acesso à justiça. Quando muito garantem e protegem um acesso ao processo, que nem sempre se caracteriza por um processo justo”.

²⁴ SANTOS, op. cit., p. 170, aponta três problemas como causas para uma “discriminação social no acesso à justiça”, sendo o primeiro deles ligado à incapacidade dos cidadãos menos favorecidos em reconhecer como jurídico um problema que os afeta. O segundo relaciona-se com o fato de mesmo nos casos em que se reconhece um problema como jurídico, “os indivíduos das classes baixas hesitam muito mais que os outros em recorrer aos tribunais”. Já o terceiro fator demonstra que mesmo quando se reconhece como jurídico um problema e a partir disso revela o desejo de ingressar com uma ação judicial, tais atitudes não significam que a iniciativa realmente será tomada, pois “quanto mais baixo é o estrato sócio-econômico do cidadão menos provável é que saiba onde, como e quando pode contactar o advogado e maior é a distância geográfica entre o lugar onde vive ou trabalha e a zona da cidade onde se encontram os escritórios de advocacia e os tribunais”.

²⁵ BERIZONCE, op. cit., p. 79.

²⁶ BEZERRA, op. cit., p. 190, adverte que a realização dos direitos é a efetivação dos mesmos; “a sua concretização; a sua viabilização. Sem essa dimensão, o direito é apenas papel, letra morta, potencialidade, intenção”.

Tal situação gera também a morte do sentimento de justiça do homem, o qual ao ser privado de algo que lhe era necessário experimenta o desconforto da carência, da injustiça²⁷.

Não se pode falar em igualdade entre as pessoas quando estas estão submetidas a um ordenamento jurídico, onde apenas algumas desfrutam do acesso à justiça, por ter o privilégio de dispor da capacidade econômico-financeira de arcar com os custos inerentes ao amparo jurídico, enquanto outras não têm.

No terreno da ‘menor quantia’ confluem quase sempre a carência econômica e as barreiras culturais, em um círculo vicioso no qual a ignorância e a pobreza jogam alternativamente como causa e efeito. Daí que a instauração de um sistema eficaz de difusão dos direitos e de distribuição das coisas e dos homens da justiça, se erigem então em um impulso imprescindível do próprio sistema jurisdicional no âmbito de uma justiça de ‘menor quantia’ (Tradução nossa)²⁸.

É importante, pois, avaliar se o acesso à justiça que se tem propagado até hoje permite aos seus destinatários um atendimento jurídico amplo e preventivo, uma socialização dos meios de pacificação e minimização dos conflitos, uma proximidade com a realização dos direitos.

O movimento do acesso à justiça tem sido muitas vezes utilizado erroneamente para justificar a criação de novos mecanismos de solução para os problemas apontados no sistema processual vigente. Frequentemente, encontram-se nos livros de direito processual sugestões para reformas na legislação buscando a melhoria do procedimento judicial, sugestões estas pautadas na necessidade, segundo os que a defendem, de garantir a efetividade do acesso à justiça.

Mas são essas reformas as realmente esperadas e hábeis à maximização do acesso à justiça? Até que ponto a otimização do procedimento judicial implica a efetividade do acesso à justiça? Tem-se observado uma preocupação muito grande por parte dos profissionais do direito em minimizar ritos e procedimentos, por meio de reformas que permitam uma tramitação célere e participativa do processo, servindo de estímulo para a propositura de novas demandas.

Entretanto, cabe aqui avaliar quais as contribuições decorrentes dessas reformas, cuidando para que tais facilidades não permitam apenas uma inflação de ações provenientes

²⁷ PASSOS, op. cit., p. 60, ao tratar do conceito de justiça, menciona que “o sentimento de injustiça nasce no homem a partir do desconforto que experimenta em face de alguma falta ou privação cuja causa é a ação de um outro homem. Sentir-se injustiçado é experimentar carência de algo de que se necessita e de que se foi privado”.

²⁸ BERIZONCE, op. cit., p. 125-126.

de um certo tipo de litigante, deixando à margem aqueles desprovidos dos meios necessários para o ingresso à justiça, ou seja, excluindo os que não dispõem do instrumento, indispensável na maioria dos casos, para o ingresso da ação judicial²⁹.

Na verdade, como já mencionado, nota-se o emprego da expressão *acesso à justiça* de maneira rotineira, quase como um vício, ora referindo-se à admissão em juízo, ora relacionando-se ao procedimento, ora implicando na prestação da tutela jurisdicional efetiva, ora como sinônimo da própria realização da justiça. Não se fala em efetividade do processo³⁰, em solução de conflitos de forma justa sem se mencionar o acesso à justiça. Este, pois, aparece como a solução para todos os problemas que envolvem a justiça brasileira.

Esses posicionamentos somente têm contribuído para a desvalorização do verdadeiro sentido do acesso à justiça, acarretando, via de conseqüência, a mudança de foco para outras questões jurídicas, também importantes, é obvio, mas deixando vivo um problema até então, aparentemente, superado.

Mediante a observação de tais fatos e, levando em conta o tema a ser desenvolvido neste trabalho, evidencia-se uma confusão entre a efetividade do acesso à justiça e a efetividade do processo, entre acesso à justiça e acesso ao processo, onde tais expressões aparecem como sinônimas.

O acesso à justiça, pois, é apresentado como um princípio constitucional, colocado por alguns autores como a síntese de todos os princípios e garantias processuais³¹, retratado como um fenômeno processual. Tal concepção é inquietante, haja vista que o acesso à justiça transcende o processo, envolvendo aspectos pré-processuais, como se verá adiante.

Ao falarem que o acesso à justiça somente pode ser realizado mediante um processo que permita às partes usufruir as garantias processuais fixadas na constituição, como o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal, a igualdade entre as partes, a duração

²⁹ ARAÚJO, José Renato de Campos; LIMA, Fernão Dias de Lima; SADEK, Maria Tereza. **Acesso à Justiça**, São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001, p. 41, mencionam que “a excessiva facilidade para um certo tipo de litigante ou o estímulo à litigiosidade podem transformar a Justiça em uma justiça não apenas seletiva, mas sobretudo inchada. Isto é, repleta de demandas que pouco têm a ver com a garantia de direitos – esta sim uma condição indispensável ao Estado Democrático de Direito e às liberdades individuais. Desse ponto de vista, qualquer proposta de reforma do Judiciário deve levar em conta que temos hoje uma justiça muito receptiva a um certo tipo de demandas, mas pouco atenta aos pleitos da cidadania. Tal característica, certamente, não se deve exclusiva ou principalmente à vontade de seus operadores. Tanto é assim, que é crescente o número de magistrados que têm se manifestado a favor de mudanças e que têm procurado, de alguma forma, encontrar soluções. O que parece inquestionável é que temos um sistema muito mais comprometido com um excesso de formalismos e procedimentos do que com a garantia efetiva de direitos”.

³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002a, p. 376, ao tratar da instrumentalidade do processo, destaca que o acesso à justiça representa a “síntese de todas as preocupações modernas pela efetividade do processo”, demonstrando, com isso um acesso à justiça como sinônimo de um processo efetivo, conceito ainda impreciso, no nosso entendimento.

³¹ Idem, p. 373, o autor diz que o acesso à justiça é a síntese de todos os princípios, tanto em sede constitucional, como infraconstitucional, tanto em sede legislativa, quanto doutrinária ou jurisprudencial.

razoável do processo, entre outras, e que a justiça é realizada por meio da prolação de uma sentença justa, estão colocando a acessibilidade da justiça num plano estritamente processual, deixando vaga ainda a idéia de justiça e da dimensão do acesso à mesma.

Não se está aqui querendo descartar a importância dos princípios constitucionais processuais, nem tampouco renegar a necessidade da sua verificação para o desenvolvimento de um processo equânime e célere. Está-se, por outro lado, buscando compreender o movimento do acesso à justiça, o qual está sofrendo uma mutação no sentido.

Em se tratando do tempo do processo, por exemplo, é nítida a sua importância, haja vista a sua relação com a efetividade da ação, cuja demora pode tornar ineficiente a tutela jurisdicional, e, conseqüentemente, o usufruto do bem ou serviço pretendido, tornando inócuo o serviço judiciário e o próprio direito de acesso à justiça. Daí o mérito que se deve conferir à Emenda Constitucional nº 45/2004, responsável pela inserção do inciso LXXVIII no artigo 5º da Constituição Federal, o qual dispõe que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.³²

Por outro lado, quando o acesso à justiça é colocado ao mesmo tempo como um direito e uma garantia, por exemplo, os conceitos de direito e garantia são apresentados como sinônimos, o que representa uma impropriedade.

Direitos, enquanto declarações reconhecidas, são principais, sendo resguardados pelas disposições assecuratórias, acessórias, que são as garantias³³, não devendo haver confusão entre eles, sob pena de embaralhar ainda mais a conceituação da acessibilidade à justiça.

Embora as garantias muitas vezes sejam confundidas com os direitos, em virtude da sua função de protegê-los, e da sua fixação juntamente com a declaração do direito em uma mesma disposição legal, devemos observar a sua característica de salvaguarda dos direitos, ora permitindo a exigência da proteção aos direitos em face dos poderes públicos, ora reconhecendo os meios processuais adequados a esta proteção.

Tal dissociação nos permite identificar o acesso à justiça como um direito e não como uma garantia, conforme verificaremos mais adiante, ao tratarmos dos direitos fundamentais, dentre os quais está inserido o direito fundamental do acesso à justiça.

³² MARINONI, op. cit., p. 224, destaca que “O direito à duração razoável exige um esforço dogmático capaz de atribuir significado ao tempo processual. A demora para a obtenção da tutela jurisdicional obviamente repercute sobre a efetividade da ação. Isso significa que a ação não pode se desligar da dimensão temporal do processo ou do problema da demora para a obtenção daquilo que através dela se almeja”.

³³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 28-29.

Por outro lado, dizer que o acesso à justiça “consubstancia-se na possibilidade concreta de provocação da função jurisdicional e na viabilização do seu resultado: a decisão justa e viável”³⁴, induz a alguns questionamentos, do tipo: o que é uma decisão justa? E uma decisão viável? Em que consiste realmente a prestação jurisdicional?

Pelo pensamento da autora acima conclui-se que o fato de provocar a função jurisdicional, por si só, não representa o acesso à justiça. É preciso que além do ingresso em juízo também seja prolatada uma decisão *justa e viável*. Ora, aquela parte que obteve êxito no processo terá como justa a decisão proferida, ao contrário da parte vencida, a qual certamente não terá como viável e justa uma decisão que lhe negou o direito.

Se o acesso à justiça corresponde à “própria garantia da prestação jurisdicional”³⁵, então novamente cabe questionar: quando ocorre a prestação jurisdicional? No momento da prolação da sentença ou quando a parte recebe o objeto pleiteado? E se mesmo tendo obtido sentença favorável, o bem ou prestação a que a parte tem direito ainda não lhe tiver sido entregue ou prestado pela parte sucumbente, considera-se não prestada a jurisdição, e, conseqüentemente não realizado o acesso à justiça?

Afigura-se, portanto, difícil a compreensão do acesso à justiça na dimensão apontada acima, considerando as questões levantadas, as quais demonstram a insustentável relação entre o tão mencionado acesso e os conceitos indeterminados sobre efetividade, decisão justa, garantia de prestação jurisdicional, entre outros, como se verá a seguir.

Há autores³⁶ que tratam do acesso à justiça, a partir de conceitos vagos, indeterminados, os quais não podem ser garantidos concretamente na prática, ainda que o processo transcorra na mais perfeita obediência aos preceitos e garantias legais.

Aliar o acesso à justiça à obtenção de uma decisão justa, *capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação*³⁷, é uma concepção um tanto vaga, imprecisa, utópica, pois além de

³⁴ SCHEER, Milene de Alcântara Martins. A Dimensão Objetiva do Direito Fundamental ao Acesso à Justiça e a Efetividade da Norma Constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, ano. 14, n. 54, p. 283, jan/mar. 2006.

³⁵ Idem, p. 283, menciona que o problema do acesso à justiça constitui em primeiro plano uma preocupação da função jurisdicional do Estado, se identificando com a garantia da prestação jurisdicional.

³⁶ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, p. 40, concebem o acesso à justiça como “a idéia central a que converge toda a oferta constitucional e legal desses princípios e garantias. Assim, (a) oferece-se a mais ampla admissão de pessoas e causas ao processo (universalidade da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas (no cível e no criminal) a observância das regras que consubstanciam o devido processo legal, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do contraditório), podendo exigir dele a (d) efetividade de uma participação em diálogo -, tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo resíduo de insatisfação”.

³⁷ Frase contida na citação acima, onde os autores Antônio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover tratam do acesso à justiça como responsável pela geração de uma solução capaz de satisfazer plenamente o jurisdicionado.

colocá-lo num plano estritamente processual, relegando as vias extraprocessuais de solução dos conflitos, promete a eliminação total das insatisfações, o que na realidade não é possível de se verificar, especialmente em relação à parte sucumbente.

Logo, mesmo tendo sido viabilizado o ingresso em juízo, garantido o devido processo legal e respeitado o contraditório e a ampla participação das partes no processo, ainda assim não se pode dizer que a decisão a ser proferida neste caso será justa e que toda a insatisfação das partes será eliminada, embora tenha havido o acesso à justiça.

Na realidade, é indispensável identificar até onde vai o acesso à justiça, ou seja, qual a sua dimensão, de maneira clara e objetiva, para que os seus destinatários possam exigir a sua prestação, pois muito se tem falado e discutido sobre o tema, mas a partir de conceitos imprecisos, os quais apenas contribuem para o distanciamento da justiça.

Ao conceituar o acesso à justiça como “um elemento essencial ao exercício da cidadania, já que, indo além do simples acesso à tutela jurisdicional, não se limita ao mero acesso ao Poder Judiciário”³⁸, o mesmo permanece indefinido, haja vista que não se diz claramente quais os seus limites.

Dizer que o acesso à justiça é um instrumento político, um movimento transformador, uma nova forma de conceber o jurídico³⁹, sem esclarecer como e em quais medidas este mecanismo pode ser utilizado pelas pessoas, não transforma em nada a realidade delas, fomentando, pelo contrário, mais insatisfações e conseqüentemente, mais conflitos.

Também chama a atenção a afirmativa de que o acesso à justiça como ingresso ao Poder Judiciário, como acesso ao processo esteja completamente superada, sendo, inclusive, tratado como *mero acesso*, conforme a citação acima transcrita, da qual se deve discordar com veemência, haja vista a precariedade da assistência judiciária e jurídica existente no Brasil, fato que além de inibir o acesso daqueles que não dispõem de recursos para arcar com as custas judiciais e honorários advocatícios, ainda promove o descrédito no Judiciário, aumentando o sentimento de discriminação.

Tratar o ingresso em juízo como mero acesso, é desdenhar a importância do acesso ao Judiciário como veículo para concretização de um processo disponível a todos e para o desenvolvimento de um procedimento adequado aos princípios constitucionais. Ou seja, se

³⁸ CESAR, Alexandre. **Acesso à Justiça e Cidadania**. Cuiabá: EdUFMT, 2002, p. 46.

³⁹ Idem, p. 51, expressões utilizadas pelo autor acima, onde o mesmo trata do acesso à justiça como um movimento revolucionário social, destinado a transformar a sociedade e responsável pela concretização dos demais direitos dos cidadãos, como educação, saúde, segurança e trabalho. Entretanto, apesar da sua visão ampla, extraprocessual, sobre o acesso à justiça, não conseguimos vislumbrar concretamente a sua dimensão.

não há ingresso em juízo não há como se falar em respeito a princípios e garantias, em decisão justa, etc., pois o primeiro passo não foi dado, não havendo ainda processo.

Não se está aqui defendendo o ingresso em juízo como único requisito indispensável ao acesso à justiça, pois sabe-se que no âmbito processual não basta ampliar o número de pessoas e ações judiciais, sendo também necessário implementar o procedimento judicial, a fim de que o mesmo possa proporcionar o usufruto de todas as garantias asseguradas às partes.

Entretanto, o ingresso em juízo é indispensável ao acesso ao processo e isso não se pode deixar de frisar, porque é justamente neste ponto onde reside a confusão entre acesso ao processo e acesso à justiça.

Os autores relacionam o acesso à justiça a um processo célere, efetivo, capaz de proporcionar “decisões intrinsecamente justas e bem postas, traduzidas em resultados práticos desejáveis”⁴⁰, ou seja, um acesso à justiça dentro de uma perspectiva essencialmente processual.

Tal não é a dimensão a ser observada neste trabalho, pois nenhuma utilidade terá um processo que, apesar de garantir todos os direitos prescritos na Constituição, servindo de instrumento para pacificação social, esteja, por outro lado, inacessível àqueles que não conseguiram o “bilhete de ingresso”⁴¹ para adquiri-lo.

Conceber a justiça apenas como o resultado de um processo que permitiu a admissão em juízo, a participação das partes e do juiz e a prolação de uma decisão final⁴² é mecanizar demais a missão da justiça enquanto instituição burocratizada destinada à solução dos conflitos, além de excluir a justiça enquanto fator de distribuição da igualdade de oportunidades entre as pessoas.

⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. 1, 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002b, p. 114, ainda assevera que “para a plenitude do acesso à justiça importa remover os males resistentes à universalização da tutela jurisdicional e aperfeiçoar internamente o sistema, para que seja mais rápido e mais capaz de oferecer soluções justas e efetivas. É indispensável que o juiz cumpra em cada caso o dever de dar efetividade ao direito, sob pena de o processo ser somente um exercício improdutivo de lógica jurídica”.

⁴¹ DAHRENDORF, Ralf. **O Conflito Social Moderno**: um ensaio sobre a política da liberdade. Trad. Renato Aguiar; Marco Antônio Esteves da Rocha. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1992, p. 26, utiliza a expressão “bilhete de ingresso” para definir as prerrogativas, ou seja, “os meios socialmente definidos de acesso”. P. 26.

⁴² DINAMARCO, op. cit., 2002b, p. 115, enfatiza que “Só tem acesso à ordem jurídica justa quem recebe justiça. E receber justiça significa ser admitido em juízo, poder participar, contar com a participação adequada do juiz e, ao fim, receber um provimento jurisdicional consentâneo com os valores da sociedade. Tais são os contornos do processo justo, ou processo equo, que é composto pela efetividade de um mínimo de garantias de meios e de resultados”.

Não se pode resumir o acesso à justiça no ingresso em juízo, mas também não se pode aceitar a afirmação de que o mesmo já esteja superado no Brasil, pois seria maquilar as desigualdades ainda existentes no sistema judiciário brasileiro.

Um outro aspecto relevante do conceito acima transcrito é a referência a um acesso à justiça que vai além “do simples acesso à tutela jurisdicional”, instigando a alguns questionamentos relacionados à dimensão do acesso à justiça, haja vista que a tutela jurisdicional não se limita à declaração do direito, configurando-se, por outro lado, quando o direito é efetivamente tutelado, o que pode acontecer na prolação da sentença ou, em outros casos, após o seu cumprimento⁴³.

Nesse diapasão, o acesso à justiça ultrapassaria os limites da atividade jurisdicional, restando ainda um vácuo quanto à sua extensão. Ora, se o acesso à justiça vai além da tutela jurisdicional, e se com a tutela jurisdicional encerra-se a atividade judicial, o mesmo estaria além da própria concretização do direito, alocando-se num plano imaginário, provavelmente inatingível de satisfação plena.

Por outro lado, se a tutela jurisdicional for concebida como um direito que ultrapassa as vias formais do processo⁴⁴, cabendo ao juiz a missão de encontrar a técnica processual mais adequada à proteção do direito material questionado, admitir-se-á a extensão do acesso à justiça nos termos apresentados acima.

Portanto, em face dos conceitos apresentados, observa-se que os mesmos são eivados de impropriedades inibidoras da visão real do movimento do acesso à justiça, motivo pelo qual tentar-se-á superá-las, a fim de compreender o seu verdadeiro significado.

⁴³ MARINONI, op. cit., p. 113, afirma que “A tutela jurisdicional é prestada quando o direito é tutelado e, dessa forma, realizado, seja através da sentença (quando ela é bastante para tanto), seja através da execução. De modo que passa a importar, nessa perspectiva, a maneira como a jurisdição deve se comportar para realizar os direitos ou implementar a sua atividade executiva. Ou melhor, o modo como a legislação e o juiz devem se postar para que os direitos sejam efetivamente tutelados (ou executados)”. Já o autor DINAMARCO, op. cit., 2002b, p. 104, se refere à tutela jurisdicional como “o amparo que, por obra dos juizes, o Estado ministra a quem tem razão num litígio deduzido em processo. Ela consiste na melhoria da situação de uma pessoa, pessoas ou grupo de pessoas, em relação ao bem pretendido ou à situação imaterial desejada ou indesejada. Receber tutela jurisdicional significa obter sensações felizes e favoráveis, propiciadas pelo Estado mediante o exercício da jurisdição”. Apesar de respeitarmos a concepção deste último autor, discordamos do mesmo em razão da ligação que faz entre a jurisdição e a missão de proporcionar felicidade e melhorias para as pessoas, resultados que podem sim ser alcançados via tutela jurisdicional, embora esta não seja a função precípua da jurisdição.

⁴⁴ Idem, p. 114, adverte que “não basta parar na idéia de que o direito fundamental à tutela jurisdicional incide sobre a estruturação técnica do processo, pois supor que o legislador sempre atende às tutelas prometidas pelo direito material e às necessidades sociais de forma perfeita constitui ingenuidade inescusável”. Ainda na mesma página o autor reitera a obrigação do juiz de interpretar as normas processuais com foco na tutela jurisdicional efetiva, levando em conta as carências do direito substancial e a necessidade de proteção do direito material.

1.3 Acesso à justiça no contexto da modernidade

De suma importância para o presente estudo é a compreensão do significado do acesso à justiça, pois precisamos construir um conceito adequado a expressar o verdadeiro sentido desse direito fundamental, o qual, há muitos anos vem sendo palco de inúmeras discussões e posicionamentos doutrinários divergentes, sem, entretanto, se mostrar real no cotidiano de parte dos seus destinatários, do ponto de vista da efetividade.

Mas de qual acesso se está falando? Em que consiste o acesso à justiça? No direito de ação? No direito a um provimento jurisdicional? Ou seria direito a uma assistência jurídica em sentido amplo?

Ao estudar a história das sociedades modernas, observa-se a presença de um fato comum em todas elas, inerente ao crescimento da humanidade, na medida em que contribuiu para a materialização das necessidades de um povo. Trata-se dos conflitos, das lutas e das guerras, os quais, ressalvadas as mortes e destruições causadas, serviram de instrumento para a conquista de novos direitos.

Isto se dá porque as lutas de classes, os conflitos sociais versam sempre sobre disputas de interesses, interesses tais consistentes em carências que variam entre a conquista da liberdade, da cidadania, a quebra das desigualdades, até a aquisição de bens e serviços. São, em verdade, disputas por coisas que não estão acessíveis ao povo, ou, por outro lado, que não são suficientes para atender às demandas do povo.

Está-se falando de prerrogativas e provimentos, conceitos a serem explicados em razão da sua importância para a compreensão do tema em estudo.

Quando se fala sobre as prerrogativas está-se referindo aos meios para se alcançar o objeto desejado, já que “as prerrogativas descrevem a relação das pessoas com as mercadorias, através da qual seu acesso e controle sobre elas é ‘legitimado’. As prerrogativas dão às pessoas o direito de reivindicar pelas coisas”⁴⁵.

As prerrogativas são, portanto, direitos reconhecidos, legitimados, de acesso às coisas, aos bens e serviços integrantes das necessidades humanas, de sorte que quando tal direito é restringido ou bloqueado surge uma insatisfação que culmina numa crise social.

Há, portanto, dois aspectos a serem mencionados sobre as prerrogativas. O primeiro versa sobre a sua característica de “bilhete de ingresso”⁴⁶, na medida em que atuam como

⁴⁵ DAHRENDORF, op. cit., p. 25.

⁴⁶ Idem, p. 26.

meios de acesso. O outro aspecto nos remete a um lado negativo das prerrogativas, o qual pode ser evidenciado quando o ingresso não é estendido a todos.

Em se tratando das prerrogativas enquanto bilhetes de ingresso, vê-se que as mesmas apenas funcionam como veículos de acesso para aqueles que as detêm, pois para aqueles que não as possuem, as prerrogativas transmudam-se de maneira negativa, representando portas fechadas, barreiras⁴⁷.

Dessa forma, a existência de prerrogativas abre espaço para o alcance de “escolhas materiais e imateriais”⁴⁸ desejadas pelas pessoas, cujas escolhas são denominadas de provimentos. Sendo assim, provimentos são todos os bens e serviços de natureza econômica ou não, suscetíveis de apropriação e gozo pelas pessoas.

Dada a necessidade de existirem tanto prerrogativas, no sentido de oportunidades de acesso, quanto provimentos, ou seja, bens e serviços disponíveis, verifica-se que tal condição ainda não é suficiente para a garantia do bem-estar social, haja vista que a existência de prerrogativas sem provimentos, ou vice-versa, gera insatisfações, assim como o desequilíbrio entre eles também contribui para a geração de conflitos.

Tanto as prerrogativas quanto os provimentos, são, assim, indispensáveis para a viabilização do bem-estar humano, não podendo haver o acesso aos bens e serviços sem que haja, em contrapartida uma oferta numerosa e diversificada de escolhas para a utilização deles, sob pena da geração de frustrações e insatisfação social⁴⁹.

Sob outro viés, a conjugação das prerrogativas e dos provimentos gera as “chances de vida”⁵⁰, as quais representam as oportunidades lançadas na sociedade, possibilitando à população atingir os seus objetivos. As chances de vida de um determinado país podem ser medidas analisando-se a oferta de prerrogativas e provimentos existentes.

Vale destacar a relação existente entre as chances de vida e a paz social, em razão do fato de que quando há uma desigualdade na distribuição das chances de vida na sociedade, advinda de uma má estruturação de poderes, surgem os conflitos de classes.

⁴⁷ DAHRENDORF, op. cit., p. 27, o autor menciona que “ingressos abrem portas, mas para aqueles que não os possuem, essas portas permanecem fechadas. Nesse sentido, as prerrogativas traçam fronteiras e constituem barreiras. Isto quer dizer que, em princípio, não há nada de gradual sobre elas; meio ingresso quer dizer ingresso nenhum. Direitos de acesso podem ser mais ou menos amplamente disponíveis, mas como tais eles são claramente definidos”.

⁴⁸ Idem, p. 28.

⁴⁹ Idem, p. 32, esclarece que “...para fazer avançar o bem-estar humano ambos são necessários, prerrogativas e provimento. O povo precisa ter acesso aos mercados, à política e à cultura, mas estes universos têm também que oferecer escolhas numerosas e diversificadas. Nenhuma sociedade pode ser vista como verdadeiramente civilizada se não oferecer ambas as coisas”.

⁵⁰ Idem, p. 32-33.

A distribuição desigual das chances de vida leva as classes desprivilegiadas a reivindicar, daquelas que estão em situação de vantagem, o oferecimento de melhores e maiores prerrogativas e provimentos, dando início à luta de classes⁵¹.

Em se tratando do acesso à justiça, sabemos que a justiça, enquanto aparelhamento estatal, poder do Estado que detém a função de apreciar e julgar os conflitos a ele submetidos, existe e está a disposição da sociedade, aguardando a sua provocação.

E é justamente nesta “provocação” onde repousa um dos principais problemas do acesso à justiça, uma vez que para obter um pronunciamento jurisdicional sobre um determinado conflito ou questão controvertida é imprescindível o pedido da parte, cujo requerimento deve seguir os preceitos legais estabelecidos.

O artigo 2º do Código de Processo Civil, ao dispor “nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais”⁵², estabelece como condição para a obtenção do provimento jurisdicional o requerimento da parte, devendo tal pedido obedecer à forma prescrita na lei.

Não sendo, pois, lícito postular em causa própria, consoante o exposto no artigo 36 do Código de Processo Civil⁵³, a parte deverá ser representada por um advogado. Isso implica na contratação do referido profissional, o que requer disponibilidade financeira da parte para tanto, a menos que a mesma não tenha recursos para efetuar tal contratação, podendo, então, ser assistida por um defensor público.

Em suma, o veículo que levará a parte ao judiciário é o advogado, responsável pela formalização do pedido da parte às vias judiciais, constituindo-se desse modo, no “bilhete de ingresso” para a justiça.

Eis aí a problemática do acesso à justiça, onde a justiça, enquanto serviço judiciário, é o provimento almejado, é o serviço que existe e está disponível para todos, e o acesso é a prerrogativa, a oportunidade, o “bilhete de ingresso” para alcançar o provimento jurisdicional.

Entretanto, sabe-se que nem todos dispõem da prerrogativa do acesso, embora ela esteja assegurada formalmente na nossa Constituição e existam veículos aptos a assegurá-la,

⁵¹ DAHRENDORF, op. cit., p. 43-44, comenta que “A origem do conflito de classe, então, é encontrada nas estruturas de poder, as quais não possuem mais a qualidade absoluta de hierarquia entrincheirada. O assunto do conflito de classe são as chances de vida. Mais precisamente, é a distribuição desigual das chances de vida. Os que estão em situação de desvantagem exigem daqueles que estão em posição de vantagem mais prerrogativas e provimentos. A luta, primeiro latente e quase invisível, depois aberta e integralmente organizada, conduz a uma maior disseminação dos dois”.

⁵² BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 401.

⁵³ “Art. 36. A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver”.

além da contratação de um advogado, como a Defensoria Pública, o Ministério Público e os Juizados Especiais, por exemplo.

O grande desafio repousa em avaliar o equilíbrio entre a prerrogativa do acesso e o provimento da justiça, analisando os motivos que levam boa parte da sociedade a se afastar do provimento almejado, bem como os tipos de prerrogativas existentes para o alcance da justiça.

Tendo compreendido a justiça como o provimento desejado, o serviço a ser prestado, é necessário agora delimitar o seu sentido, ou seja, destacar quais são os bens ou serviços abrangidos na expressão “acesso à justiça”.

Observa-se na doutrina referências a três enfoques: o acesso à justiça como um direito de ação, enquanto instrumento para realização de direitos e como acesso à assistência jurídica em sentido amplo. Serão estudadas estas concepções, a fim de identificar o significado mais adequado à realidade contemporânea.

Nessa perspectiva, a expressão ‘**acesso à justiça**’ engloba um conteúdo de largo espectro: parte da simples compreensão do ingresso do indivíduo em juízo, perpassa por aquela que enforça o processo como instrumento para a realização dos direitos individuais, e, por fim, aquela mais ampla, relacionada a uma das funções do próprio Estado a quem compete, não apenas garantir a eficiência do ordenamento jurídico; mas, outrossim, proporcionar a realização da justiça aos cidadãos.⁵⁴

É justamente a partir desses questionamentos que se tentará estabelecer o significado de acesso à justiça, por meio de uma análise hermenêutica tanto dos dispositivos legais quanto dos conceitos firmados pela doutrina e jurisprudência.

Sob o primeiro prisma de acesso à justiça como um direito de ação, não se afigura robusta tal compreensão, pois a mesma reduz o direito aqui discutido a questões técnicas de ingresso em juízo, aos obstáculos existentes contra o direito de ação, focando apenas a parte provocadora da jurisdição, o autor, deixando de lado o direito que a outra parte, o réu, tem.

Tal percepção, além de retratar uma visão unilateral da demanda, pois somente faz menção ao autor, insere o acesso à justiça no âmbito estritamente processual, mencionando apenas a fase inicial do procedimento, menosprezando todos os demais requisitos essenciais ao desenvolvimento regular do processo, fatores que também contribuem para a construção do acesso à justiça⁵⁵.

⁵⁴ CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao Acesso à Justiça**. Curitiba: Juruá Editora, 2002, p. 61.

⁵⁵ Idem, p. 62, ressalta que “Trata-se, evidentemente, de visão parcial do fenômeno da prestação jurisdicional, por desconsiderar o comprometimento com as repercussões sócio-políticas que o processo é capaz de gerar no seio social, ou, com suas finalidades e escopos; ou ainda, com as conseqüências oriundas dessa atividade. Ademais, consistia numa visão unilateral, pois referida apenas à posição do autor na demanda”

Era assim a concepção do direito de acesso à justiça, especificamente nos séculos XVIII e XIX, quando o mesmo, apesar de considerando um direito natural, não exigia uma ação positiva do Estado, o qual “permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, na prática”.⁵⁶

A segunda concepção de acesso à justiça, numa visão instrumentalista, o coloca como resultado de um processo que é instrumento para a realização de direitos, ou melhor, na medida em que o processo atinge os seus escopos sociais, jurídicos e políticos, mediante o exercício da jurisdição, estar-se-á garantindo o acesso à justiça⁵⁷.

Entretanto, cabe ressaltar, que o acesso à justiça não é somente processo, pois muitas vezes, o processo apesar de servir de instrumento para a proteção de direitos, pode não estar acessível àqueles que desconhecem seus direitos ou não dispõem de condições econômicas para arcar com os custos do processo, e, ainda assim o processo estará atingindo os seus escopos, mas, evidentemente, sem realizar a justiça.

A vasta gama de prestações que um sistema de assistência jurídica com pretensões de totalidade há de oferecer, compreende, genericamente: (a) a assistência informativa ou consultoria extrajudicial; e (b) a defesa judicial dos direitos, ante os tribunais e também frente à Administração (Tradução nossa)⁵⁸.

Portanto, a última e mais própria concepção de acesso à justiça aqui estudada envolve não somente a previsão legal de direitos, a garantia do direito de ação ou a existência de um processo apto a realizar as funções da jurisdição, mas, sobretudo, abrange toda a atividade jurídica, “desde a criação das normas jurídicas, sua interpretação, integração e aplicação, com justiça”⁵⁹, atingindo inclusive, segundo entendemos, toda a assistência extraprocessual, extrajudicial, aos necessitados.

⁵⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 09.

⁵⁷ Idem, p. 09, enfatizam que “essa perspectiva instrumentalista, ao mesmo tempo em que ressaltou a condição do processo como instrumento para a realização dos direitos através da jurisdição, projetou seus escopos para além de sua finalidade jurídica; mas, também, relevou o direito substancial como um dos fins alcançados pela atividade jurisdicional”.

⁵⁸ BERIZONCE, op. cit., p. 96.

⁵⁹ CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., p. 63.

1.4 Evolução do significado de acesso à justiça no Brasil

Para compreender a evolução do conceito de acesso à justiça no Brasil, interessante se mostra a leitura breve da história do direito brasileiro, desde as Ordenações que vigoraram no país no período Brasil-colônia, até as Constituições.

O direito que vigorou no Brasil no período colonial foi o de Portugal, composto pelas Ordenações Afonsinas⁶⁰, Ordenações Manuelinas⁶¹ e Ordenações Filipinas⁶². As Ordenações Afonsinas tiveram uma duração pequena no Brasil, tendo sido logo substituídas pelas Ordenações Manuelinas, as quais, entre outras inovações, previa os chamados juízes de Vintena, atuantes nas pequenas comunidades, de forma descentralizada, facilitando o acesso das populações mais afastadas ao Judiciário.

Já as Ordenações Filipinas foram a junção das leis extravagantes às Ordenações Manuelinas, tendo vigorado no Brasil até a promulgação dos nossos códigos. Assim eram chamadas, as leis extravagantes, em virtude de estarem fora das ordenações.

Vale também destacar a Lei da Boa Razão, a qual valorizava as leis pátrias em detrimento do direito de outras nações, como o Direito Romano, cujo ordenamento somente seria aplicado de maneira subsidiária⁶³.

⁶⁰ VALLADÃO, Haroldo. **História do Direito Especialmente do Direito Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Gráfica O Cruzeiro S.A., 1974, p. 66 ressalta que “o primeiro monumento legislativo foi o Código Afonsino ou as Ordenações Afonsinas, promulgadas por D. Afonso em 1446, A PRIMEIRA GRANDE CODIFICAÇÃO MODERNA, que tomou para modelo, extrinsecamente, as Decretais de Gregório IX, dividindo-se em cinco livros, o 1º, Organização Judiciária e Administrativa, do Regedor Mor ao Meirinho, o 2º, dos Direitos dos Eclesiásticos, dos Direitos que cabiam ao Rei, dos direitos dos Fidalgos, dos Judeus e dos Mouros, 3º, Processo Civil, 4º, Contratos, Doações, Tutelas e Curatelas, Sucessões e 5º, Crimes e Processo Penal, que pela sua severidade e mesmo crueldade, mantidos no mesmo Livro nas outras Ordenações, ficou sendo conhecido como o Livro ‘famigerado’”.

⁶¹ Idem, p. 67, as Ordenações Manuelinas permaneceram com o sistema das Ordenações Afonsinas, “mas apareceu mais condensado, e representou uma primeira vitória do romantismo e, sobretudo, do fortalecimento do poder absoluto, desaparecendo antigas liberdades. Assim foram revogadas todas as disposições sobre os judeus e mouros, que desde 1497 foram obrigados ou a converter-se à religião cristã ou a expatriar-se, e daí, por exemplo, o grande número de judeus portugueses que se fixou na Holanda, principalmente em Amsterdão”.

⁶² Idem, ibidem, as Ordenações Filipinas foram elaboradas em 1603, durante a dominação espanhola de Filipe I, “e terminadas sob Filipe II de Portugal, respectivamente, II e III da Espanha. Eram uma reação contra a adoção sem restrições e com prioridades dos cânones do Concílio de Trento feita por D. Sebastião, em prol do direito nacional e, principalmente, do direito romano, segundo a glosa, já adotada para a Universidades de Coimbra, Leis de 8-6-1597 e 20-2-1612”.

⁶³ Idem, p. 68, comenta que a Lei da Boa Razão representou “o grande movimento de volta ao Direito Nacional, tirando-se dos arquivos e publicando-se as Ordenações Afonsinas, dando-se importância primacial ao Direito Português. Pela Lei da Boa Razão foram mandados observar como Leis inalteráveis, os Assentos da Casa da Suplicação, que esse Supremo Tribunal era obrigado a tomar, uniformizando a jurisprudência e que nunca fizera regularmente. Nesse sentido vem a se publicar uma Coleção Cronológica dos Assentos da Casa de Suplicação, Coimbra, 1817”.

Cumprе salientar que não constituía preocupação de Portugal a aplicação do Direito na colônia brasileira, de modo que as maiores inovações legislativas se deram com a Lei da Boa Razão, acima citada, somente interessando à metrópole portuguesa “as regras que asseguravam o pagamento dos impostos e tributos aduaneiros, assim como acenar com rigoroso ordenamento penal que inibisse tentativas de independência em alguma parte do território”⁶⁴.

Conquistada a independência, surgia a necessidade de elaborar leis próprias, livres das marcas do período colonial, fato não evidenciado em sua totalidade, haja vista que apesar das leis portuguesas terem sido substituídas aos poucos, o governo ainda permanecia sob a administração de Portugal, por meio de D. Pedro I.

Com a Constituição de 1824 alguns direitos foram inseridos no texto constitucional, em favor das pessoas que não usufruíam o direito de voto, como os direitos de segurança, liberdade e propriedade⁶⁵, representando, assim, a previsão formal de direitos fundamentais.

Vale ressaltar que a compreensão do acesso à justiça no mundo, e, de forma especial no Brasil, se deu de forma muito lenta, sendo construída por meio de movimentos populares em busca da constitucionalização de direitos sociais, destacando-se a Constituição Federal Brasileira de 1934, pela instituição da Justiça do Trabalho, a criação da Ação Popular e da Assistência Judiciária, marcos iniciais para a transição do Estado Liberal para o Estado Social⁶⁶.

Outro marco na evolução do conceito de acesso à justiça foi a edição da Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943, cujo diploma, considerado avançado para a época, em virtude de prever a celeridade, a oralidade e a concentração dos procedimentos judiciais, preocupou-se também em criar mecanismos de solução prática para os conflitos coletivos, ampliando certamente o acesso à justiça.

A CLT trouxe inovações voltadas para a solução extrajudicial dos conflitos, priorizando a conciliação, instituindo a organização sindical com legitimidade para a celebração de acordos e convenções coletivas de trabalho, tudo com vistas a uma

⁶⁴ AGUIAR, Renan; MACIEL, José Fabio Rodrigues. **História do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 123.

⁶⁵ Idem, p. 139.

⁶⁶ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: uma nova sistematização da teoria geral do processo**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003, p. 38, relata que “No Capítulo II – Dos Direitos e Garantias Individuais, a Constituição de 1934 cria a ação popular e a assistência judiciária para os necessitados, com a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos, prevendo também a obrigação dos Estados e da União quanto à criação de órgãos especiais a tal fim”.

aproximação do cidadão aos seus direitos, principalmente aquele em situação de desigualdade em relação ao seu empregador⁶⁷.

Apesar das previsões legais evidenciadas acima, um grande entrave ainda residia no acesso à justiça, tendo em vista a necessidade de um acesso material e não apenas formal, conforme se verificava. Ou seja, no âmbito normativo muitas alterações foram feitas visando a aproximar as pessoas, principalmente as mais carentes, da justiça, entretanto, na prática, tais mudanças não eram evidenciadas.

A concepção de acesso à justiça, como a temos hoje, é fruto de uma quebra de paradigma, decorrente do reconhecimento de direitos sociais, direitos fundamentais de segunda geração como veremos adiante, ruptura que a partir do final da década de 70, com a contribuição do autor Mauro Cappelletti, fez nascer um novo enfoque ao acesso à justiça.

Um enfoque que, largamente influenciado por dados advindos da Sociologia do Direito, transcende ao abstrato e se volta ao estudo das estruturas do aparelho judiciário, da formação dos magistrados e de novas construções conceituais tendentes à obtenção de resultados concretos e efetivos, dentro de um lapso temporal suficiente à prestação jurisdicional, sem, contudo, dele decorrerem prejuízos para qualquer das partes.⁶⁸

Em 1988 foi promulgada a nossa Constituição Federal atual, representando um grande passo para a efetividade dos direitos fundamentais, dentre eles o de acesso à justiça, uma vez que trouxe mecanismos para a garantia desses direitos, tais como: o princípio da igualdade material; a ampliação da atuação da assistência judiciária aos necessitados; a previsão para a criação dos juizados especiais cíveis e criminais; criação da justiça de paz; previsão constitucional da ação civil pública; criação do mandado de segurança coletivo e mandado de injunção; novas atribuições ao Ministério Público, reforçando a sua condição de órgão essencial à função jurisdicional do Estado e enquadramento da Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional do Estado⁶⁹.

Dentre os mecanismos acima apontados, cabe destacar a previsão contida no artigo 5º, inciso LXXIV⁷⁰, que dispõe “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, restando clara a previsão do acesso à justiça.

⁶⁷ CARNEIRO, op. cit., p. 40.

⁶⁸ GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O Acesso à Justiça em Mauro Cappelletti: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005, p. 20.

⁶⁹ Idem, p. 48-50.

⁷⁰ BRASIL, Constituição Federal de 1988. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 10.

Sendo assim, acesso à justiça é, pois, para fins de compreensão do direito aqui discutido, o serviço a ser prestado pelo Estado, consistente na assistência jurídica ampla, integral, abrangendo não só o direito de ingressar com uma ação em juízo por meio de um defensor público, mas, essencialmente, a prestação da informação sobre seus direitos, a consulta jurídica, a assistência extrajudicial, a mediação de conflitos de pequena complexidade nas comunidades carentes, entre outros meios de pacificação social.

1.5 Acesso à justiça: um direito fundamental

Primeiramente será abordado o tema acerca dos direitos fundamentais e suas respectivas dimensões, a partir das quais se poderá verificar em qual delas está enquadrado o direito de acesso à justiça.

1.5.1 Direitos fundamentais e suas dimensões

Muito importante é o estudo dos direitos fundamentais do homem, os quais representam a base de inúmeras normas jurídicas relacionadas à liberdade e à dignidade da pessoa humana, motivo pelo qual se tecerá uma breve análise acerca do surgimento dos direitos fundamentais, suas dimensões, seu significado e, por último, o reconhecimento do direito de acesso à justiça como um direito fundamental.

Falar do surgimento dos direitos fundamentais remete às primeiras concepções de direitos humanos de que se tem notícia, advindas dos jusnaturalistas da Idade Antiga, da filosofia clássica e do pensamento cristão, acerca de valores como a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

Já na Idade Média verifica-se a nível de direito positivo o reconhecimento de direitos individuais semelhantes aos direitos fundamentais, Magna Charta Libertatum da Inglaterra, embora tais direitos tivessem o caráter de estabelecer privilégios a certas classes, “uma vez

que outorgados pela autoridade real num contexto social e econômico marcado pela desigualdade, cuidando-se mais, propriamente, de direitos de cunho estamental.”⁷¹

Grandes marcos na história da consagração dos direitos fundamentais foram a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776 e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, as quais contribuíram decididamente para a constitucionalização desses direitos.

Importante salientar que ambas declarações de direitos foram essencialmente inspiradas no jusnaturalismo, e, portanto, atribuíam a todos os homens, sem distinções, direitos naturais, considerados como invioláveis, inalienáveis e imprescritíveis⁷².

A Constituição Federal de 1988, do artigo 5º ao 17, dispõe sobre os direitos e garantias fundamentais, trazendo no Capítulo I os “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos”; Capítulo II – “Dos Direitos Sociais”; Capítulo III – “Da Nacionalidade”; Capítulo IV – “Dos Direitos Políticos” e Capítulo V – “Dos Partidos Políticos”.

Tal disposição constitucional evidencia a presença dos direitos fundamentais nas suas diferentes dimensões, abrangendo os direitos de defesa, os direitos prestacionais e os direitos-garantia⁷³.

Contudo, deve-se lembrar o disposto no § 2º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988⁷⁴, cujo texto não limita taxativamente a existência dos direitos fundamentais dispostos, havendo a permissão constitucional para admitir outros direitos não constantes do rol mencionado, havendo, assim direitos fundamentais materiais e formais.

Logo, mediante o fundamento da matéria, outros direitos, ainda que não expressos no texto constitucional, podem ser considerados como direitos fundamentais, restando claro o reconhecimento pelo nosso sistema constitucional a direitos fundamentais em sentido material⁷⁵.

⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 44.

⁷² Idem, p. 47.

⁷³ Idem, p. 32, nos revela que “estas categorias igualmente englobam as diferentes funções exercidas pelos direitos fundamentais, de acordo com parâmetros desenvolvidos especialmente na doutrina e jurisprudência alemãs e recepcionadas pelo direito luso-espanhol, tais como os direitos de defesa (liberdade e igualdade), os direitos de cunho prestacional (incluindo os direitos sociais e políticos na sua dimensão positiva), bem como os direitos-garantia e as garantias institucionais”.

⁷⁴ BRASIL, Constituição Federal de 1988, op. cit., p. 10: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

⁷⁵ MARINONI, op. cit., p. 65, ressalta que “Essa norma permite, por meio da aceitação da idéia de fundamentalidade material, que outros direitos, mesmo que não expressamente previstos na CF e, por maior razão, não enumerados no seu Título II, sejam considerados direitos fundamentais. Isso quer dizer que o art. 5º, § 2º, da CF institui um sistema constitucional aberto a direitos fundamentais em sentido material”.

Convém destacar a diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos, tendo em vista a utilização desses termos como sinônimos em muitas situações, revelando-se uma impropriedade, já que nem todo direito humano é direito fundamental, embora todo direito fundamental seja direito humano.

o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).⁷⁶

Sendo assim, poder-se-ia chamar os direitos fundamentais de direitos constitucionais e os direitos humanos de direitos internacionais, cabendo ainda distingui-los dos direitos naturais, os quais são direitos relativos ao ser humano, mas que ainda não estão positivados.

Também merece destaque a expressão jusnaturalista “direitos do homem”, cujo emprego precedeu ao reconhecimento dos direitos humanos e fundamentais, tendo marcado o período da história dos direitos⁷⁷.

Portanto, não se pode negar a íntima relação entre esses direitos fundamentais e humanos, tendo em vista a harmonia existente no conteúdo das disposições internacionais, declarações universais, com o das constituições dos Estados, considerando que muitos direitos consagrados constitucionalmente advém das disposições firmadas nas declarações universais dos direitos humanos.

Os direitos fundamentais sofreram, ao longo da história, mutações decorrentes da própria evolução da humanidade, onde as concepções, o reconhecimento e a consagração dos direitos foram se alterando ao longo do tempo, na medida em que se moldavam às necessidades do povo.

Desta forma, os direitos fundamentais foram classificados em gerações, segundo alguns autores, ou dimensões, conforme grande parte da doutrina que considera a expressão

⁷⁶ SARLET, op. cit., p. 33.

⁷⁷ Idem, p. 34, destaca que “A utilização da expressão ‘direitos do homem’, de conotação marcadamente jusnaturalista, prende-se ao fato de que se torna necessária a demarcação precisa entre a fase que, inobstante sua relevância para a concepção contemporânea dos direitos fundamentais e humanos, precedeu o reconhecimento destes pelo direito positivo interno e internacional e que, por isso, também pode ser denominada de uma ‘pré-história’ dos direitos fundamentais”.

“gerações” inapropriada por induzir à interpretação de que os direitos fundamentais foram substituídos a cada geração subsequente⁷⁸.

É preferível utilizar a expressão dimensões por estar mais adequada ao fato de os direitos fundamentais encontrarem-se em permanente transformação, e não substituição, de acordo com as variações sociais, econômicas, culturais, políticas, verificadas na sociedade.

A doutrina menciona a existência de três dimensões dos direitos fundamentais, ressaltando uma quarta dimensão em formação. Tal classificação remonta às primeiras Constituições escritas estendendo-se até os dias atuais, conforme se verificará adiante.

Os direitos de primeira dimensão foram inspirados no individualismo marcante dos séculos XVII e XVIII, onde a liberdade do indivíduo era confrontada com os poderes do Estado, sendo, portanto, chamados de direitos de defesa, ou seja, direitos do indivíduo em face do poder estatal, apresentando-se como direitos “de cunho ‘negativo’, uma vez que dirigidos a uma abstenção e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, ‘direitos de resistência ou de oposição perante o Estado’.”⁷⁹

Tais direitos, de inspiração jusnaturalista, representam os direitos à liberdade, à vida, à igualdade, à propriedade e os deles decorrentes, como os direitos a liberdades coletivas, representados pelos direitos de expressão, de manifestação, de reunião, e os direitos de participação política, como o de voto, entre outros de caráter civil ou político que marcaram a constitucionalização desses direitos fundamentais.

Os direitos de segunda dimensão surgiram como reflexo da necessidade de se verificar na prática, ou seja, materialmente, a realização dos direitos de primeira dimensão, positivados, mas relegados ao plano formal, longe da satisfação dos anseios da sociedade.

Trata-se de direitos de natureza positiva e não mais negativa como os de primeira dimensão, uma vez que “não se cuida mais, portanto, de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado.”⁸⁰

Representam, assim, os direitos a prestações positivas do Estado, como saúde, educação, assistência judiciária, assistência social, trabalho, abrangendo também “*as assim denominadas ‘liberdades sociais’, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, bem como o direito a férias e ao repouso semanal*

⁷⁸ SARLET, op. cit., p. 49, ressalta que “Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa substituição gradativa de uma geração por outra”.

⁷⁹ Idem, p. 50.

⁸⁰ Idem, p. 51.

remunerado, a garantia de um salário mínimo, a limitação da jornada de trabalho”⁸¹ entre outros.

Já os direitos fundamentais de terceira dimensão destinam-se a uma coletividade, representando os direitos difusos e coletivos, sendo chamados de direitos de fraternidade ou de solidariedade, *“de modo especial em face de sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação”*⁸².

Consistem nos direitos à paz, ao meio ambiente, ao desenvolvimento, à qualidade de vida, à proteção da vida, à informática, à comunicação, à liberdade de sexo, entendendo o autor Ingo Wolfgang Sarlet⁸³ que representam direitos de primeira dimensão, já que possuem caráter negativo, defensivo contra as inserções do Estado, mas com *“nova roupagem e adaptados às exigências do homem contemporâneo”*.

Verifica-se, por último, a formação de uma quarta dimensão dos direitos fundamentais, ainda em discussão na doutrina, referindo-se à globalização dos direitos fundamentais, abrangendo o direito à informação, ao pluralismo, à democracia, à mudança de sexo, cuja análise por ora não se mostra relevante.

1.5.2 O Direito fundamental ao acesso à justiça e a sua dimensão

Conhecidas as dimensões dos direitos fundamentais e compreendido o significado de acesso à justiça, será feita uma breve análise desse direito fundamental mediante as suas principais características, verificando em qual dimensão está enquadrado.

O primeiro ponto de partida para se entender o acesso à justiça como um direito fundamental é a observação da sua consagração na Constituição Federal, a qual se dá, consoante já mencionado ao longo deste trabalho, no artigo 5º, inciso LXXIV, que dispõe: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Mediante as razões já expostas quando se abordou o significado de acesso à justiça, onde o mesmo foi concebido como um acesso amplo, a uma justiça que não apenas envolve o

⁸¹ SARLET, op. cit., p. 52.

⁸² Idem, p. 53.

⁸³ Idem, p. 54.

Poder Judiciário ou direito de ação, mas acima de tudo uma assistência jurídica integral aos menos favorecidos, verifica-se que tal direito está consagrado na nossa Carta Magna, sob o título dos direitos e garantias fundamentais, ou seja, de logo se constata a sua natureza de direito fundamental sob o aspecto formal.

Quando à materialidade, a qual “decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade”⁸⁴, dúvidas não há, tendo em vista que se refere a matéria essencial para o Estado e para a sociedade, pois cabe àquele prestar assistência jurídica integral e gratuita a esta, como forma de pacificação social.

Sendo assim, o direito fundamental de acesso à justiça enquadra-se na segunda dimensão da classificação dos direitos fundamentais, direitos prestacionais, pelo seu caráter positivo, pela sua característica principal de outorgar ao indivíduo o direito a uma prestação social estatal de assistência jurídica integral.

Nítidas são as dificuldades em conceituá-lo⁸⁵, conforme evidenciou-se durante este capítulo, mas resta clara a percepção de que este direito não está limitado ao acesso ao Judiciário, devendo viabilizar uma prestação jurídica ampla.

(...) tem-se observado a existência nos diversos confins do mundo contemporâneo de um vasto movimento pelo ‘acesso à justiça’, que não se limita à justiça em seu sentido judicial, visto que envolve áreas muito mais vastas, como o acesso à educação, à saúde, ao trabalho, ao descanso, etc., é assegurar às distintas reivindicações consubstanciais o Estado Social (Tradução nossa)⁸⁶.

Vê-se, portanto, a determinação constitucional de um comportamento ativo por parte do Estado, quando assegura que “o Estado prestará...”, revelando um direito prestacional material concreto, uma obrigação do Estado na realização da justiça social.

O direito de acesso à justiça encarado como um serviço a ser prestado pelo Estado aos cidadãos revela uma quebra paradigmática, na qual a concepção formalista sobre o processo e a jurisdição cede espaço para o estudo sobre os meios de tornar efetiva a justiça e

⁸⁴ SARLET, op. cit., p. 81.

⁸⁵ CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., p. 08, salientam que o direito de acesso à justiça “é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”.

⁸⁶ BERIZONCE, op. cit., p. 12.

de promover mudanças normativas capazes de oportunizar a solução dos conflitos, resgatando assim a credibilidade na justiça e os valores sócio-culturais, até então rechaçados⁸⁷.

⁸⁷ GOMES NETO, op. cit., p. 55 assim sintetiza: “É neste ponto, pois, que se destaca o caractere revolucionário do movimento pelo acesso à justiça, não somente sobre o plano das ações práticas, revertidas em propostas de reforma dos ordenamentos processuais, mas, sobretudo, sobre o plano epistemológico, ao apresentar um novo método de pensamento, em particular, um método de análise jurídica, ora compromissado com os valores de efetividade e justiça social”.

2 CONFLITO DE INTERESSE COLETIVO

2.1 Lide e litígio

Dando continuidade à identificação dos significados que circundam o acesso à justiça, serão estudados os conceitos de lide e litígio, verdadeiros pré-requisitos para o desenvolvimento do tema em tela, aportes para a compreensão do acesso no âmbito coletivo.

Ao estudar a lide e o litígio, inevitavelmente se terá de permear os conceitos de conflito de interesses, pretensão e jurisdição, verificando tanto na doutrina clássica quanto na contemporânea o entendimento sobre estes corolários.

O convívio social é marcado pela multiplicidade de interesses, muitos deles incompatíveis uns com os outros, fato que demanda organização, por meio da fixação de normas de conduta hábeis a permitir uma harmonia entre as pessoas e entre estas e os bens colocados à sua disposição, sendo este o objetivo do direito, sem o qual a organização não pode ser concebida.

Necessidades, interesses e pretensões integram a condição humana e por vezes desembocam em conflitos sociais, os quais devem ser neutralizados por meio de mecanismos eficientes⁸⁸.

A busca permanente pelo bem-estar, pela realização de justiça confunde-se com a busca pelo Direito, na medida em que é o Direito o responsável pela garantia das necessidades fundamentais inerentes ao homem, representando o alicerce da atividade humana, cabendo ao homem a ele adaptar-se, perseguindo o seu cumprimento⁸⁹.

⁸⁸ GOMES NETO, José Mário Wanderley; HOLANDA, Maria Lucicleide Cavalcanti da Silva. Cidadania e Acesso à Justiça: o modelo de assistência jurídica oferecido pelo Estado de Pernambuco, a partir da Constituição de 1988. In: SEVERO NETO, Manoel. (Org.). **Direito, Didadania & Processo**. Recife: FASA, 2006, p. 83, ressaltam que “Devido à complexidade do convívio social, os conflitos sempre existirão, por serem inerentes ao dinamismo da sociedade na qual estão inseridas inúmeras axiologias. No entanto, é importante que existam mecanismos eficientes para resolvê-los à medida que forem surgindo, sob pena de retorno à barbárie.”

⁸⁹ MOURA ROCHA, José de. **O Interesse na Ação Declaratória**. Recife: Oficinas Gráficas da Imprensa Oficial, 1953, p. 5, resalta que “A tendência ao bem estar e ao justo, este para suprir aquele, aneia um estado definitivo que está, de certo modo, garantido na realização de exigências ou necessidades consideradas fundamentais. O homem, e isto acontece sempre, busca uma satisfação, uma estabilidade que, no mais das vezes, lhe falta. Busca o Direito. Esta busca é condição e a própria razão de ser da natureza humana e é a busca do Direito, a sua realização, a mais profunda procura de sua natureza, procura esta de profunda especulação e de constantes realizações”.

Para viver bem em sociedade, cabe ao homem, pois, buscar a sua integração com o Direito, ajustando-se à suas prescrições, vivendo-o, como numa verdadeira luta contra as injustiças e demais condições ameaçadoras da ordem legal.

O Direito realiza-se por meio da justiça⁹⁰, cuja evolução foi considerada sob dois aspectos, sendo o primeiro relacionado à vingança privada e o segundo concernente à intervenção estatal na distribuição e efetivação da justiça.

Superada a fase da autotutela, o Estado tomou para si a responsabilidade sobre a solução dos conflitos de interesses dos cidadãos, criando leis e procedimentos a serem observados, em busca da pacificação social.

No entanto, embora não seja exclusiva do Estado a tarefa de compor conflitos, em face da existência de outros meios alternativos de solução das controvérsias, como a mediação, a arbitragem, o cumprimento espontâneo do direito, a autocomposição, é exclusiva do Estado a competência para impor o cumprimento da lei, ou seja, é privativa a jurisdição e a via judicial.

Portanto, é a existência dos conflitos de interesses que demanda solução, constituindo-se “em uma tendência de constituição da *iudex in suma potesta* formando, pois, a *iuris dictio* como atividade própria das *societas cum imperium* de dizer (ou declarar) o direito ou o que de direito⁹¹”.

Vale destacar que tanto no âmbito da vingança privada quanto na solução dos conflitos pelo monopólio estatal, a luta pela realização do Direito manifesta-se por um interesse a concretizar, interesse individual, relacionado à necessidade do cidadão e interesse público ou mesmo social de paz e harmonia na sociedade⁹².

⁹⁰ MOURA ROCHA, op. cit., p. 07, adverte que “A Justiça tem o seu objeto determinado pela linha de conduta dada a seguir, como obrigatória, nas relações humanas. A Justiça é exigência; a Justiça é motivo para a conduta justa; a Justiça visa a atuação do Direito embora não qualificando os comportamentos jurídicos.”

⁹¹ ROCHA, J. Elias Dubard de Moura. **Interesses Coletivos: a ineficiência de sua tutela judicial**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 12.

⁹² MOURA ROCHA, op. cit., p. 10, lembra que “Da mesma maneira que cabe ao indivíduo resistir às injustiças como um dever que tem para consigo mesmo por ser preceito de existência moral, cabe ao mesmo indivíduo obrigação semelhante oriunda do dever seu para com a sociedade a que pertence. Não seria de outra maneira pois de nada valeria um triunfo individual não fosse este mesmo triunfo, geral, comum a todos. Por outro lado, o Estado não se deve colocar, mesmo sob os pretextos de circunstâncias ou de razões, em posição injusta ou arbitrária o que significaria a negação do mais sagrado dos deveres do Estado que é o de cuidar e propugnar pela idéia do justo e do bem de todos. Tal posição injusta ou arbitrária não escaparia à luta para a plena realização do Direito.”

A necessidade, portanto, refere-se à dependência do homem em face de um bem, cuja utilidade é capaz de satisfazê-lo, surgindo o interesse do homem pelo gozo dos bens da vida a partir da junção da sua necessidade com a utilidade do bem pretendido⁹³.

Interesse, pois, é uma relação de complementaridade entre o “ente que experimenta a necessidade (homem) e aquele que é capaz de satisfazê-la (bem)”⁹⁴, ocorrendo o conflito de interesses quando duas ou mais pessoas necessitam do mesmo bem para satisfazer as suas necessidades, fato que requer a imposição de uma solução apta a proporcionar o restabelecimento da situação de normalidade⁹⁵.

Tal imposição do direito refere-se a restrições, proibições jurídicas, limitações à liberdade, imprescindíveis à manutenção da ordem e da paz social, embora sejam consideradas liberdades negativas⁹⁶.

Os interesses, por sua vez, mantêm relações de solidariedade, quando a satisfação de uma necessidade viabiliza a satisfação de outras, podendo-se identificar interesses de naturezas mediata e imediata.

Pode, no entanto, ocorrer que a “posição favorável à satisfação de uma necessidade, em vez de implicar, exclua a posição favorável à satisfação de uma outra necessidade”⁹⁷, gerando neste último caso um conflito entre dois interesses de uma mesma pessoa, também chamado conflito subjetivo, tudo isto em razão da limitação dos bens da vida em face das necessidades humanas.

O interesse pode também ser individual ou coletivo, seja ele relativo a apenas uma ou a várias pessoas, podendo haver entre elas a solidariedade nas relações ou interesses conflitantes. Logo, duas ou mais pessoas podem ter interesses solidários, em que a satisfação se dá pela realização dos interesses de todos, ou interesses conflitantes, em que a satisfação da

⁹³ CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Lejus, 2000, p. 89, esclarece que “A necessidade satisfaz-se pela combinação. O ente capaz de satisfazer a necessidade é um bem: bonum quod beat, porque faz bem. A capacidade de um bem para satisfazer uma necessidade é a sua utilidade.”

⁹⁴ Idem, Ibidem. Adverte ainda o autor na página 90 que “O interesse é, pois, a utilidade específica de um ente para outro ente. O pão é sempre um bem, e por isso tem sempre utilidade, mas não tem interesse para quem não tem fome, nem pensa vir a tê-la. Um ente é objeto de interesse na medida em que uma pessoa pense que lhe possa servir; de contrário, é indiferente.”

⁹⁵ ROCHA, op. cit., p. 70, alerta que esses conflitos de interesses modificam os fluxos de vida da sociedade “impondo-se a sua solução, seja por intermédio da iudex in causa sua (autodefesa e heterotutela) dando lugar à dicotomia guerra/paz, estar a utilidade da Justiça (burocratizada), ou seja, da iudex in summa potesta, em fazer voltar à normalidade os fluxos de vida alterados pelo conflito de interesses, cujo núcleo elementar é a necessidade.”

⁹⁶ Idem, p. 87, o autor ressalta que “É que, na relação de complementaridade que se forma entre sujeito e objeto em que se dá a relação de interesse, os instintos cobram a satisfação da necessidade restando ao sujeito a opção de guiar-se pelos instintos ou pela razão, mas o momento de abstração em que o sujeito afasta-se das exigências dos instintos e, pela razão, erige sua vontade que guia sua ação, o fazer o que se queira resulta em apenas proibições jurídicas, ilicitudes, pelo que o direito refere-se, somente, a uma liberdade negativa.”

⁹⁷ CARNELUTTI, op. cit., p. 92-93.

necessidade de um impede a satisfação da necessidade do outro⁹⁸, neste último caso chamado de conflito intersubjetivo.

Vê-se, pois, que a insatisfação representa um estado de descontentamento decorrente de fatos contrários ao interesse do sujeito insatisfeito, podendo desencadear conflitos de interesses, os quais se não dissolvidos no meio social podem levar os litigantes a disputar os bens da vida em busca da satisfação das suas necessidades, consubstanciando-se a pretensão.

Entretanto, a pretensão pode corresponder ou não ao direito, haja vista ser “um ato, uma manifestação, uma declaração de vontade. Este ato não é, nem supõe, o direito”⁹⁹.

Como a pretensão é “a exigência da prevalência de um interesse próprio sobre um interesse alheio”¹⁰⁰, o sujeito insatisfeito deve materializar o seu desejo de agir em favor dos seus próprios interesses.

Todavia, pode ocorrer a resolução pacífica do conflito se um dos contendores decidir pela subordinação do seu interesse ao interesse alheio, não se configurando a resistência, mas apenas a pretensão.

Por outro lado, existente a pretensão e contra ela oposta resistência, surge a lide¹⁰¹, que é o “modo de ser do conflito de interesses”, de maneira que não basta a pretensão para o seu nascimento, sendo imprescindível a resistência à mesma.

Logo, partindo do entendimento segundo o qual a pretensão somente se configura em lide se a ela for oposta resistência, lide é um conflito intersubjetivo de interesses caracterizado por uma pretensão resistida, donde podemos inferir que há pretensão sem lide, mas não há lide sem pretensão.

Urge esclarecer que para a configuração do conflito de interesses, necessariamente deve-se ter dois sujeitos disputando um único objeto¹⁰², não sendo levada em consideração a quantidade dos sujeitos, mas a posição que os mesmos ocupam na relação, ou seja, ainda que

⁹⁸ CARNELUTTI, op. cit., p. 96, esclarece: “A verdade é que, se a solidariedade dos interesses é reconhecida como o germe da agregação dos entes, e, em particular, dos homens, no conflito dos interesses reside o germe da sua desagregação. Esta realiza-se pela força, à qual facilmente recorre um ou outro dos interessados, ou até um e outro ao mesmo tempo, para fazer prevalecer o próprio interesse sobre o interesse do outro. À força, quando é adotada para tal fim, é justo dar o nome de violência. Ao recurso à força para resolver os conflitos entre os povos, senão mesmo entre os indivíduos, chama-se guerra.”

⁹⁹ BUZAID, Alfredo. **Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 122.

¹⁰⁰ CARNELUTTI, op. cit., p. 108.

¹⁰¹ Idem, ibidem, o autor esclarece a escolha do vocábulo “lide”, dizendo: “Ao conflito de interesses, quando se efetiva com a pretensão ou com a resistência, poderia dar-se o nome de contenda, ou mesmo de controvérsia. Pareceu-me mais conveniente e adequado aos usos da linguagem o de lide.”

¹⁰² Idem, p. 105, o autor destaca: “Assim como os sujeitos do fenômeno jurídico são necessariamente dois, o objeto é necessariamente um. É precisamente necessária esta unidade do objeto, em confronto coma dualidade dos sujeitos (daqui a trindade dos elementos físicos da relação) para que se possa falar de dois interesses em conflito”.

existam mais de duas pessoas em contenda, serão apenas duas as posições ocupadas por elas, aquela que pretende e aquela que se opõe à pretensão. Tais posições são chamadas de parte¹⁰³.

Da assertiva acima podemos identificar três elementos integrantes e primordiais para a formação da lide, os quais são a pretensão, o objeto e os sujeitos e formam a identidade da lide.

Em relação ao objeto da lide, este confunde-se com o objeto do interesse e da relação jurídica, qual seja, o bem da vida pretendido.

Verificada a lide e já não sendo possível a sua composição pelos próprios contendores, sendo, por outro lado, necessária a sua solução para fins de preservação da paz social, caberá ao Estado, no exercício da jurisdição, declarar a vontade da lei diante daquela situação jurídica controvertida.

Todavia, cabe ressaltar que a lide não é um fenômeno exclusivamente processual, surgindo por vezes em momento anterior ao acionamento da jurisdição, motivo pelo qual a mesma não deve ser confundida com o processo nem tampouco com a ação.

A ação consiste no meio pelo qual se pede ao órgão jurisdicional um posicionamento acerca da lide discutida no processo, cujo interesse difere da lide, pois enquanto a primeira implica interesse em obter a sentença, a segunda contempla o interesse em obter o bem da vida disputado¹⁰⁴.

Também assim não se pode igualar a lide ao processo, já que a este apenas compete traduzi-la ao órgão jurisdicional, sendo a lide conteúdo do processo¹⁰⁵. Há, contudo, autores que negam à lide a qualidade de objeto do processo, haja vista existirem processos sem lide, onde as partes utilizam o processo para obter o mesmo resultado, como nas ações consensuais de separação judicial ou divórcio, nas destituições do poder familiar, entre outras¹⁰⁶.

¹⁰³ CARNELUTTI, op. cit., p. 106, o autor esclarece que “Mesmo, pois, que os sujeitos da relação sejam mais de dois, as partes é que não podem ser mais que duas. Parte é, assim, não tanto o sujeito em si, como o que é sujeito pela sua posição na relação”.

¹⁰⁴ BUZAID, op. cit., p. 120-121, comenta que “O conceito de lide se distingue do conceito de ação. Consiste esta em obter do juiz a sentença sobre a lide deduzida no processo. O interesse, protegido mediante as obrigações processuais e correlativamente mediante a ação, é o interesse à justa composição da lide, não o interesse em lide. Esta é a razão elementar da diversidade entre o direito subjetivo material e a ação. O ponto de contato entre os dois direitos está em que a pretensão do direito material determina a atribuição do direito processual; a ação justamente concerne a quem ‘quer realizar um direito’ (subjetivo material).”

¹⁰⁵ Idem, p. 121, o autor ressalta: “O processo não é a lide, mas a reproduz, ou a representa perante o juiz. A lide não é processo, mas está no processo. Deve estar no processo, se este serve para compô-la. Sem a lide, o processo é como uma tela sem o quadro. A lide é certamente um pressuposto do processo, como a natureza é um pressuposto da pintura que a retrata. Mas é também o objeto dos atos, em que consiste o processo, onde não se poderia conhecer a composição do processo, se não se conhecesse, antes de tudo, o que seja a lide.”

¹⁰⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol 2. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 183, discorda veementemente da idéia de lide como objeto do processo dizendo: “Por duas razões, contudo, é inadequado alçar a lide à condição de objeto do processo. Primeira, porque nem sempre existe um conflito de interesses entre as partes: há casos em que ambas podem até desejar o mesmo

2.2 Panorama dos conflitos coletivos

O século XX representou um marco nas inovações verificadas pelo convívio das pessoas em sociedade, cujos interesses extrapolaram o âmbito individual e passaram a incidir sobre direitos pertencentes a várias pessoas, de sorte que o Estado não poderia ficar alheio às novas necessidades sociais, devendo, ao contrário, organizar-se para atender aos interesses de cunho coletivo¹⁰⁷.

Urge salientar que a carência de tutela aos interesses coletivos não é uma inovação, pois as necessidades decorrentes das relações sociais é fato que remonta à formação dos grupos e da própria coletividade, onde rotineiramente surgem lesões a direitos.

Entretanto, o direito posto não estava estruturado para tutelar estes novos interesses, haja vista a sua previsão apenas em face das demandas individuais, restando desprotegidas aquelas pretensões insuscetíveis de apropriação individual.

Neste diapasão, a humanidade exigiu uma tutela jurídica apta a proteger os interesses de maneira molecular e não atomizada, “principalmente em nível processual, haja vista a evidente inadequação das estruturas clássicas de resolução individualizada de conflitos, para a solução de casos dotados de intensa, complexa e numerosa conflituosidade”¹⁰⁸.

Cumprir destacar que em algumas situações o cidadão se torna vulnerável¹⁰⁹ em face da outra parte da relação conflituosa, em razão desta última gozar de melhores condições econômicas ou de poder político. Sendo assim, a união dos interesses comuns na forma de ações coletivas, além de encorajar os cidadãos a litigar contra os grandes empresários ou até

resultado e apesar disso o processo é indispensável para que o resultado se obtenha (direitos indisponíveis, como na ação de separação judicial ou de divórcio, na destituição do pátrio-poder e nas pretensões penais em geral. (...). Segunda, porque nem sempre toda a lide existente na vida das pessoas é trazida a juízo, nunca se podendo saber com certeza se se está diante de um processo por lide integral ou parcial.”

¹⁰⁷ MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Legitimidade para a Defesa dos Interesses Coletivos Lato Sensu, Decorrentes de Questões de Massa. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, v. 14, n. 56, p. 135-182, out/dez. 2005, p. 142, lembra que o “resultado do convívio social e econômico do século XVIII e XIX foi a confirmação de que a separação feita pelo liberalismo entre direito privado e direito público não mais seria suportável, consideradas as novas realidades surgidas e consagradas no século XX. Ou seja, o Estado não poderia ficar como mero expectador, sem intervir nos relacionamentos desiguais largamente ocorrentes na sociedade”.

¹⁰⁸ Idem, p. 144.

¹⁰⁹ Idem, p. 148, o autor destaca o conceito de vulnerabilidade: “Vulnerabilidade é, então, o princípio pelo qual é reconhecida pelo sistema jurídico positivado brasileiro a qualidade daquele ou daqueles sujeitos mais fracos na relação de consumo, situação esta também presente em outras situações fáticas ou jurídicas, tendo em vista a possibilidade de que venham a ser ofendidos consumidor, trabalhador, contribuinte etc, no âmbito econômico ou extrapatrimonial, por parte do sujeito mais potente das respectivas relações”.

mesmo contra o poder público¹¹⁰, também prestador de serviços, impõe o respeito às necessidades que afetam toda a coletividade.

O exercício da cidadania está intrinsecamente ligado aos meios de acesso à justiça, haja vista a exigência de se aprimorar a comunicação entre Estado e sociedade, de sorte a permitir a satisfação das necessidades jurídicas evidenciadas nas relações sociais.

Verifica-se hoje que a cidadania não está mais vinculada ao indivíduo isoladamente, referindo-se, por outro lado, a grupos sociais cujos interesses pertencem a várias pessoas ao mesmo tempo ou até mesmo a toda a coletividade, devendo o Estado estar preparado para atender as atuais necessidades desta cidadania coletiva¹¹¹.

Desta forma, os conflitos não podem mais ser vinculados a partes iguais e individualizadas, devendo ser observados aqueles oriundos das reivindicações e movimentos sociais, os quais expressam as carências das diversas camadas da população, representadas nas demandas de grupos de classes ou outros segmentos sociais¹¹².

Sendo assim, o direito de acesso à justiça que no âmbito individual diz respeito aos interesses exclusivos de uma pessoa, no âmbito coletivo assume dimensão social e política, em virtude de corresponder aos interesses de toda uma coletividade¹¹³.

Nas últimas décadas, tem-se observado uma evolução no direito processual brasileiro, em relação à proteção de direitos que ultrapassam a esfera individual dos sujeitos,

¹¹⁰ MORAES, P.V.D.P., op. cit., p. 179, o autor ressalta que “A produção massificada de bens e serviços e o aumento da população passaram a demandar serviços ao Estado, o qual se vale dos tributos para cumprir suas obrigações. Desta forma, massificaram-se as relações tributárias, sendo imprescindível que o direito processual civil se compatibilize com estas novas realidades, sob pena de ser considerado obsoleto e inócuo”.

¹¹¹ OLIVEIRA, Luciano; PEREIRA, Affonso Cezar. **Conflitos Coletivos e Acesso à Justiça**. Recife: Editora Massangana, 1988, p. 31-32, advertem que “na medida em que se constata que grande parte dos conflitos que ocorrem na sociedade brasileira de hoje são conflitos entre partes desiguais e não individualizadas, envolvendo sempre, de um lado, um grupo ou camada social, e do outro, o Estado ou um poderosa empresa privada, com níveis diferenciados de autonomia de vontade e relacionadas por um vínculo de subordinação econômica, política ou ambas, há que se privilegiar, na tarefa de aperfeiçoamento democrático do aparato legal-estatal, a idéia de cidadania coletiva”.

¹¹² Idem, p. 35, os autores ressaltam que a cidadania coletiva “é a expressão jurídico-política de direitos sociais de amplas camadas da população, estando ligada a conflitos sociais de natureza essencialmente coletiva, na medida em que esses conflitos envolvem grupos e segmentos sociais inteiros, e até, em alguns casos, difusamente, toda a coletividade”.

¹¹³ GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito Processual Coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves Castro; Watanabe, Kazuo. (Coord.). **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 12, adverte que “(...) o acesso à justiça para a tutela de interesses transindividuais, visando à solução de conflitos que, por serem de massa, têm dimensão social e política, assume feição própria e peculiar no processo coletivo. O princípio que, no processo individual, diz respeito exclusivamente ao cidadão, objetivando nortear a solução de controvérsias limitadas ao círculo de interesses da pessoa, no processo coletivo transmuda-se em princípio de interesse de uma coletividade, formada por centenas, milhares e às vezes milhões de pessoas”.

fruto da necessidade de se adequar às modificações evidenciadas na sociedade atual, cujos interesses pleiteados em juízo correspondem a demandas de massa¹¹⁴.

Tais demandas tiveram sua origem nas reivindicações das classes operárias, as quais inconformadas com as precárias condições de trabalho, passaram a se organizar para juntas lutarem por melhorias.

A segunda guerra mundial também contribuiu para a massificação social, já que para alcançar o desenvolvimento econômico emergente, os sobreviventes tiveram de intensificar as suas relações sociais em busca de uma melhor distribuição de bens e da proteção a direitos que pertenciam indivisivelmente a todos.

Como primeiro passo desta reconstrução destaca-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, por meio da qual os direitos humanos foram internacionalizados, surgindo, posteriormente, novas espécies de direitos fundamentais, “os direitos dos povos e os direitos da humanidade, difundidos como direitos difusos”¹¹⁵.

Considerando as influências do positivismo jurídico e do individualismo liberal, o direito processual até meados do século XX era marcado pelo apego às formas e pela insuficiência na satisfação das necessidades humanas, já que havia sido estruturado para atender somente demandas individuais.

A partir da metade do século XX foram aparecendo as oposições ao antigo sistema, por meio de um intenso movimento por reformas, dentre elas, a previsão da tutela coletiva de direitos, colocando em discussão os mecanismos processuais de solução dos conflitos¹¹⁶.

¹¹⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A Concomitância Entre Ações de Natureza Coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves Castro; Watanabe, Kazuo. (Coord.). **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 162, lembra que “Tradicionalmente, no Brasil, o exercício da jurisdição se exerce em face de litígios individuais, portanto, de forma atomizada, cada lide recebendo – hélas, após longo e desgastante percurso – uma decisão que, em sendo de mérito, oportunamente se revestirá da eficácia de coisa julgada material. Essas lides intersubjetivas (Tício versus Caio, ou, no máximo, alguns Tícios contra alguns Caios, dada a vedação do litisconsórcio multitudinário – CPC, art. 46, parágrafo único), hoje pouco ou nada têm em comum com os novos interesses e necessidades da contemporânea sociedade de massas, comprimida num mundo globalizado e seus inevitáveis megaconflitos (os mass tort cases, do processo norte-americano), levando a que segmentos da comunidade jurídica brasileira, engajados no esforço de imprimir efetividade à resposta jurisdicional, venham empunhando a bandeira da chamada jurisdição coletiva”.

¹¹⁵ MAIA, Diogo Campos Medina. A Ação Coletiva Passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves Castro; Watanabe, Kazuo. (Coord.). **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 330.

¹¹⁶ Idem, p. 331, o autor lembra que “Não bastava ao direito processual possuir instrumentos de solução de conflitos se o desfecho não resultaria em um provimento justo, célere e eficaz. Na busca por uma solução para as questões internas do processo, outra sorte de problemas é despertada: o direito processual não estava equiparado com instrumentos que pudessem amparar os direitos coletivos – agora mais evidentes do que nunca”.

A grande diferença entre esses novos direitos e os até então existentes é que aqueles têm como titular uma coletividade, enquanto estes, os individuais, têm como titular especificamente um indivíduo¹¹⁷.

Sabe-se que o exercício da jurisdição se dá, em regra, e na maior parte dos casos, em razão de conflitos individuais, os quais foram perdendo espaço para os novos interesses e necessidades da atual sociedade globalizada, fato que demandou a utilização de mecanismos de solução de conflitos de interesses coletivos.

Diante disso, e, seguindo princípio da universalidade da jurisdição, segundo o qual “o acesso à justiça deve ser garantido a um número cada vez maior de pessoas, amparando um número cada vez maior de causas”¹¹⁸, é no processo coletivo que tal princípio atinge a sua plenitude, de modo a abrir oportunidade de ingresso em juízo àqueles que pelo processo individual não chegariam à justiça.

Estudos revelam¹¹⁹ que a tutela jurisdicional coletiva realizada no Brasil foi inspirada nas *class actions* do modelo norte-americano, tendo sofrido algumas alterações, em razão da sua adequação às necessidades locais.

Entretanto, tal mudança na tutela dos direitos não se deu de maneira imediata, sendo, em verdade, fruto de um processo de reconhecimento dos direitos coletivos em sentido amplo e da ineficiência da tutela individual diante dos novos interesses sociais¹²⁰.

O reconhecimento da ineficiência da tutela individual em face dos direitos coletivos foi o passo mais importante para o desenvolvimento de mecanismos de proteção judicial para a coletividade¹²¹.

¹¹⁷ MAIA, op. cit., p. 331, o autor comenta que “o reconhecimento dos direitos emergentes neste período, conhecidos também como direitos fundamentais de terceira geração ou de terceira dimensão, contribuiu para a formulação de um sistema processual voltado à sua tutela, pois os novos conflitos e problemas coletivos apresentados pela sociedade desafiavam e colocavam em dificuldade a dogmática jurídica tradicional e suas modalidades individualistas de tutela.”

¹¹⁸ GRINOVER, op. cit., p. 12.

¹¹⁹ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Defendant Class Action Brasileira: limites propostos para o “Código de Processos Coletivos”*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves Castro; Watanabe, Kazuo. (Coord.). **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 310, o autor nos revela que o professor Aluisio Gonçalves de Castro Mendes é um dos precursores “na abordagem científica da comparação entre a nossa ação coletiva e as class actions do modelo norte-americano. Seus seguros estudos nos confirmam em definitivo – com dados passíveis de plena confrontação, pela farta indicação bibliográfica existente em sua obra – a sempre mencionada ‘fonte de inspiração’ dos nossos juristas para a concepção de uma tutela jurisdicional coletiva, diversa daquela (de índole individualista) prevista em nossa legislação processual civil. Realmente, as class actions, do modelo processual praticado nos Estados Unidos, cuja primeira regra escrita data, segundo consta, de 1842, serviram de fonte para o legislador brasileiro”.

¹²⁰ MAIA, op. cit., p. 332, o autor reforça que “A preocupação com os problemas da tutela dos direitos coletivos, todavia, não eclodiu de uma hora para outra, foi resultado de um processo de evolução marcado pelos efeitos do pós-guerra na vida social, pelo reconhecimento dos direitos difusos no panorama mundial e pela consciência da inaptidão do direito processual clássico em resolver os conflitos coletivos”.

É interessante mencionar que na jurisdição coletiva o conflito vem exposto em sua totalidade no objeto litigioso, diferentemente da jurisdição individual, onde apenas uma parcela da lide é levada a juízo, ressalvadas as possibilidades de alteração permitidas no Código de Processo Civil¹²².

As ações coletivas surgiram justamente para adaptar o sistema processual à nova realidade social, composta por interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, conforme conceituaremos a seguir, proporcionando a diminuição do número de processos sobre a mesma matéria no Poder Judiciário, tendo em vista a discussão em uma única ação, representando, assim, o reconhecimento formal da cidadania coletiva, devendo o Estado cuidar para que o aparato legal possa estar sempre preparado a dirimir os conflitos oriundos dos novos interesses de massa¹²³.

2.3 Direito ou interesse?

O Código de Defesa do Consumidor, em seu parágrafo único do artigo 81, ao definir os interesses metaindividuais, utilizou a expressão “interesses ou direitos” difusos, “interesses ou direitos” coletivos e “interesses ou direitos” individuais homogêneos, classificação que vem suscitando discussões no âmbito doutrinário, acerca da terminologia adequada.

Durante a análise dos principais aspectos sobre a lide e o litígio, em subitem acima¹²⁴, verificou-se que o interesse consiste numa relação de complementaridade entre o

¹²¹ MAIA, op. cit., p. 332, merece destaque a assertiva do autor, ao dispor: “Ainda que variados sejam os motivos que influenciaram o desenvolvimento do direito processual coletivo, o principal, e decisivo, foi o flagrante reconhecimento da incapacidade do processo clássico em tutelar os direitos coletivos. Assim, o fomento do estudo e desenvolvimento das formas de defesa de direitos coletivos teve como razão determinante a falta de proteção judicial que pairava sobre a coletividade, que não tinha organização e estrutura suficientes para se defender dos danos de abrangência transindividual”.

¹²² MANCUSO, op. cit., 2007, p. 165, salienta as formas como o conflito coletivo é exposto no objeto litigioso, destacando: “de modo absoluto nos interesses essencialmente coletivos (difusos e coletivos em sentido estrito) e um tanto relativo nos episodicamente coletivos (interesses individuais homogêneos). Por exemplo, não é possível fracionar o conflito entre madeireiros e povos indígenas sobre a posse de certa área, como também não é possível fracionar o conflito entre signatários de contratos de leasing, acerca de certa cláusula afirmadamente abusiva, e as empresas de arrendamento mercantil. Já no caso de ação coletiva em prol de interesses individuais homogêneos – justamente porque aí a titularidade do direito ou interesse remanesce com os sujeitos concernentes – os sujeitos lesados ficam livres tanto para se litisconsorciarem à lide coletiva quanto para proporem suas ações particulares”.

¹²³ OLIVEIRA; PEREIRA, op. cit., p. 33, lembram que “a aproximação do aparato legal-estatal com o cotidiano dos cidadãos, fica na dependência da diminuição da defasagem existente entre os conflitos sociais e as hipóteses de conflitos normativos, com a inserção, no âmbito do aparato legal-estatal, de algumas reivindicações de cunho social que constituem o âmago da cidadania coletiva”.

¹²⁴ Subitem 2.1, páginas 43 e 44.

homem que detém uma determinada necessidade e o bem ou coisa capaz de satisfazê-la, de sorte que “o interesse interliga uma pessoa a um bem da vida, em virtude de um determinado valor que esse bem possa representar para aquela pessoa”¹²⁵.

A doutrina clássica¹²⁶, porém, tem empregado a expressão “direito” apenas em relação aos interesses juridicamente tutelados, ou seja, aqueles previstos numa norma e cujos titulares são sujeitos determinados ou determináveis. Segundo tal concepção, os “interesses” não poderiam ser chamados de “direitos” enquanto não fossem revestidos por um comando legal e seus titulares não pudessem ser individualizados.

Sendo assim, a princípio, não se poderia denominar os interesses metaindividuais, especificamente os difusos, de “direitos” já que se trata de interesses cujos titulares são indeterminados¹²⁷, e, por isso não poderiam ser classificados como direitos subjetivos, pois apesar de pertencerem a toda a coletividade não pertencem a ninguém em específico.

Na tentativa de estabelecer proteção aos interesses metaindividuais e estender a concepção de direito subjetivo, os estudos se voltaram para a análise do interesse legítimo, aquele considerado intermediário entre o interesse simples e o direito subjetivo. O interesse simples estaria ligado ao mundo dos fatos sem qualquer repercussão jurídica ou proteção estatal, e, somente a partir do momento em que o Estado concebesse como relevante aquela necessidade ou acontecimento social, prescrevendo um comando legal para tutelá-lo é que surgiria o interesse juridicamente protegido¹²⁸.

Dessa forma, estariam protegidos os interesses metaindividuais, considerados, então, como interesses legítimos.

Toda esta celeuma se dava, principalmente, em razão da previsão contida no princípio da inafastabilidade da jurisdição, cuja redação anterior à Constituição Federal de 1988, fixava a impossibilidade de a lei excluir da apreciação do poder judiciário qualquer

¹²⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 18.

¹²⁶ LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 42, ressalta que “A doutrina clássica, como visto, refletindo a inevitável influência do liberalismo ‘atomizado’, prefere utilizar a terminologia direito somente quando a titularidade do interesse juridicamente protegido pertencer a um sujeito perfeitamente determinável”.

¹²⁷ Idem, p. 43, esclarece que “Pareceria correto, então, o entendimento de que a terminologia direito só poderia ser utilizada nas hipóteses onde se verificasse a proteção judicial de um interesse e o titular desse interesse (juridicamente protegido) fosse um sujeito determinado, ou, na terminologia adotada pela doutrina clássica, o indivíduo. Nesse sentido, o estudo dos interesses metaindividuais, transcendentais da esfera individual do ser humano, conduziria a uma primeira (mas não definitiva) conclusão, no sentido de ser incorreta a atribuição do status direitos a tais interesses. Isso porque, tratar-se-ia da proteção de interesses marcadamente indeterminados e não individualizados como preconizado pela doutrina clássica”.

¹²⁸ Idem, p. 44-45.

lesão de **direito individual**¹²⁹, deixando sem respaldo legal os interesses que transcendiam a esfera do indivíduo.

Já a Carta Magna de 1988 alterou a redação do princípio acima citado, estabelecendo não somente proteção ao direito individual, mas proteção a direito, seja este individual, público, coletivo, difuso ou individual homogêneo, de modo que os interesses metaindividuais passaram a ser tutelados juridicamente.

A utilização, portanto, das expressões “direitos ou interesses” pelo Código de Defesa do Consumidor, ressalta a diferença existente entre as duas classificações, mas ao mesmo tempo revela uma conotação de similaridade entre as mesmas, como se pelo fato de os interesses estarem previstos juridicamente, assumissem o status de direito.

Não se chega a ponto de dizer que, teoricamente, interesses e direitos são utilizados como sinônimos. Buscando um sentido à redação dada ao art. 81, parágrafo único do CDC, que fala em proteção de interesses ou direitos, não se crê tratar-se de uma mesma situação. No entanto, apesar de se distinguir, no plano teórico, direitos de interesses, no plano prático, a partir do momento em que os aludidos interesses passam a ser tutelados juridicamente pelo sistema, surge o direito. Nesse sentido, inexistiria razão para diferenciá-los, porquanto indiscutível a aproximação entre os dois institutos. Abstraindo-se, na tentativa (às vezes inútil) de distingui-los, sugere-se que se trata da mesma ‘alma’, em ‘corpos’ distintos¹³⁰.

Interessante a assertiva acima, especialmente por se preocupar com a essência dos institutos em questão, dada a importância que os mesmos desempenham no seio da sociedade, enquanto reconhecimento de necessidades relevantes para um convívio pacífico.

Dessa forma, ao mencionar ao longo deste trabalho a expressão interesses, está-se referindo àqueles juridicamente tutelados, ainda que indetermináveis os seus titulares, como é o caso dos interesses difusos, cientes de que se trata de verdadeiros direitos.

2.4 Interesses coletivos

O primeiro passo para o estudo do conflito de interesse coletivo é estabelecer a compreensão do interesse coletivo, e, para tanto, serão abordadas as principais acepções

¹²⁹ LENZA, op. cit., p. 46.

¹³⁰ Idem, p. 50.

defendidas pela doutrina, a fim de identificar o significado mais apropriado à realidade contemporânea.

Segundo a doutrina¹³¹, o interesse coletivo pode ser concebido sob três aspectos, ora designando o interesse pessoal do grupo, ora referindo-se à soma de interesses individuais, ora representando a síntese de interesses individuais.

Enquanto interesse pessoal do grupo, este interesse não é propriamente coletivo, haja vista referir-se ao interesse da pessoa moral do grupo e não dos integrantes que levaram à sua formação. Trata-se de interesse da pessoa jurídica, da entidade, interesse social e não coletivo¹³².

Já o interesse coletivo enquanto soma de interesses individuais, somente é coletivo pela forma como é exercido, permanecendo essencialmente individual, não se transformando em coletivo pelo simples fato de ser exercido conjuntamente. Trata-se apenas de um “exercício coletivo de direitos individuais”¹³³.

Neste aspecto, ocorre uma soma de interesses individuais, a fim de que os mesmos possam ser exercidos de maneira aglutinada, fato que, todavia, não altera a essência dos interesses, que permanece individual¹³⁴.

Em se tratando do interesse coletivo como síntese de interesses individuais, concepção que aparentemente assemelha-se a anterior, mas com ela não se confunde, representa a essência do interesse coletivo, pois é resultado da transformação dos interesses individuais em interesse coletivo, onde o interesse individual cede espaço ao interesse comum.

Verificando o significado¹³⁵ das palavras soma e síntese, tem-se que soma é o “conjunto constituído pela reunião de diversos subconjuntos; total, conjunto, somatório”, enquanto síntese é “método, processo ou operação que consiste em reunir elementos diferentes, concretos ou abstratos, e fundi-los num todo coerente”, donde se pode inferir que o interesse coletivo é síntese e não soma, pois nesta os subconjuntos (interesses individuais)

¹³¹ MANCUSO, op. cit., 2000.

¹³² Idem, p. 49, o autor bem explica esta acepção de interesse ao dispor: “Esse tipo de interesse não é propriamente coletivo, por isso que ele concerne primacialmente à pessoa jurídica enquanto entidade; são atos de gerência, de economia interna, e não um exercício de verdadeiros interesses coletivos”.

¹³³ Idem, p. 75.

¹³⁴ Idem, p. 50, o autor ressalta estar “claro que a vera noção de ‘interesse coletivo’ pede mais do que uma simples adição de interesses individuais. Sempre se pode fazer coletivamente o que já antes se poderia fazer a título individual; todavia, uma simples alteração no modo do exercício não pode mudar a essência dos interesses agrupados, que permanecem de natureza individual”.

¹³⁵ HOUAISS, **Dicionário Eletrônico da Língua Portuguesa**. Versão 1.0.

permanecem intactos individualizados, enquanto naquela, eles se transformam em um outro interesse, o coletivo.

O interesse coletivo, pois, é aquele originário de interesses individuais que se fundem num único objetivo, onde os desejos imediatos de cada um cedem espaço para um ideal coletivo.

Pensar e sentir coletivamente é relegar a um plano secundário o interesse imediato, egoísta, para, com os olhos postos num ideal amplo e generoso, empenhar os esforços comuns com vistas à consecução desse desiderato. É possível e até provável que os frutos desse esforço recaiam também sobre os que dele participaram; mas, dada a amplitude do fim perseguido, terceiros poderão eventualmente ser beneficiados. Quando um grupo luta por melhores condições de segurança no trabalho, são todos os trabalhadores, como categoria, que disso poderão beneficiar-se¹³⁶.

O interesse coletivo, portanto, parte de interesses individuais aglutinados em razão de encontrarem-se em situações homogêneas, sintetizando-se e não apenas somando-se, constituindo um interesse comum, coletivo. Tais interesses podem muitas vezes ultrapassar a esfera do grupo ou classe, atingindo toda a sociedade, alcançando o interesse geral. Quando isso ocorre, o interesse coletivo está atuando como intermediador entre os interesses originários particulares e o interesse geral, público.

Como forma de exteriorizar-se e, visando a sua identificação, os interesses coletivos se organizam em grupos estruturados, nos quais é possível a determinação dos seus portadores, vinculados juridicamente por uma situação comum.

Como exemplo de tais grupos temos a família, grupo social mais antigo e espontâneo; as associações e os sindicatos, ambos grupos aglutinadores de interesses coletivos; os partidos políticos, grupos de interesses de participação política dos cidadãos, entre outros.

2.5 Interesses difusos

A visão tradicional do processo, como uma relação entre duas partes, autor e réu, em face dos seus interesses individuais, contribuiu para a demora no reconhecimento e tutela dos interesses difusos, dificultando a atuação de juízes, profissionais do direito e cidadãos na

¹³⁶ MANCUSO, op. cit., 2000, p. 51.

defesa desses novos direitos, haja vista que os procedimentos e regras processuais não estavam adaptados à nova realidade social, às novas demandas de massa¹³⁷.

Primeiramente, cumpre ressaltar a diferença entre interesses individuais, particulares, de natureza egoística e metaindividuais ou transindividuais, de cunho coletivo.

Os interesses coletivos e difusos emanam da mesma origem, qual seja, dos interesses metaindividuais, sendo, por isso, muitas vezes confundidos, empregados como sinônimos. Todavia, o interesse difuso abrange um universo muito maior do que o interesse coletivo, podendo atingir até toda a humanidade, enquanto este último está adstrito a um grupo, um segmento, uma classe.

Para uma melhor compreensão, cabe destacar que os interesses são agrupados levando em consideração a sua titularidade, ou seja, de acordo com o maior ou menor número de sujeitos envolvidos, cuja escala nos permite identificar o tipo de interesse envolvido.

Sendo assim, pode-se perceber um escalonamento nos tipos de interesses existentes, onde os mesmos são apresentados de modo crescente, da seguinte forma: interesses individuais, sociais (aqueles concernentes às pessoas jurídicas), coletivos (relativos a segmentos, classes), gerais ou públicos (pertencentes a uma coletividade representada pelo Estado) e difusos (mais abrangentes de todos, porque atinge um número indeterminado de pessoas, podendo atingir toda a humanidade). Tal escala contempla o quadro geral dos interesses¹³⁸.

Vê-se, pois, os interesses difusos ocupando o último grau na escala acima apontada, excedendo, inclusive, os interesses gerais ou públicos. Isto se dá em virtude da capacidade que os interesses difusos têm em abranger a coletividade, de modo superior ao interesse

¹³⁷ CAPPELLETTI; GARTH, op. cit., p. 49, lembram que “A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era vista apenas como um assunto entre duas partes, que se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios interesses individuais. Direitos que pertencessem a um grupo, ao público em geral ou a um segmento do público não se enquadravam bem nesse esquema. As regras determinantes da legitimidade, as normas de procedimento e a atuação dos juízes não eram destinadas a facilitar as demandas por interesses difusos intentadas por particulares”.

¹³⁸ MANCUSO, op. cit., 2000, p. 78, o autor esclarece o quadro geral dos interesses, da seguinte forma: “Sob esse enfoque, caminha-se desde os interesses ‘individuais’ (suscetíveis de captação e fruição pelo indivíduo isoladamente considerado), passando pelos interesses ‘sociais’ (os interesses pessoais do grupo visto como pessoa jurídica); mais um passo, temos os interesses ‘coletivos’ (que deparam as esferas anteriores, mas se restringem a valores concernentes a grupos sociais ou categorias bem definidos); no grau seguinte temos o interesse ‘geral’ ou ‘público’ (referido primordialmente à coletividade representada pelo Estado e se exteriorizando em certos padrões estabelecidos, ou standards sociais, como Bem comum, Segurança pública, Saúde pública). Todavia, parece que há ainda um grau nessa escala, isto é, haveria certos interesses cujas características não permitiriam, exatamente, sua assimilação a essas espécies. Referimo-nos aos interesses ‘difusos’”.

público, pois, “enquanto o interesse geral ou público concerne primordialmente ao cidadão, ao Estado, ao Direito, os interesses difusos se reportam ao homem, à nação, ao justo”¹³⁹.

Na verdade, a constatação dos interesses difusos é fácil, já que estão presentes no cotidiano da vida moderna, como a proteção ao meio ambiente, aos valores históricos e culturais, a qualidade de vida, a qualidade dos produtos a serem colocados à disposição dos consumidores, a vida comunitária sadia e estável, entre outros.

Entretanto, a despeito da facilidade em sua identificação, durante muito tempo tais direitos passaram despercebidos, por não serem suscetíveis de apropriação individual, justamente por pertencerem a todos e a ninguém em específico.

Essa indeterminação dos sujeitos se dá em razão de não existir entre os titulares do interesse difuso qualquer vinculação jurídica, havendo por outro lado, uma ligação entre eles por meio de circunstâncias factuais, “como o fato de habitarem certa região, de consumirem certo produto, de viverem numa certa comunidade, por comungarem pretensões semelhantes, por serem afetados pelo mesmo evento originário de obra humana ou da natureza etc”¹⁴⁰.

Ainda em relação à titularidade do interesse, vale lembrar que os interesses difusos são extremamente opostos aos direitos subjetivos, pois enquanto estes permitem a identificação determinada do seu titular e do seu objeto certo e exclusivo, naqueles a titularidade é indeterminada, sendo também insuscetível de apropriação exclusiva.

É também na titularidade que repousa a tênue diferença entre os interesses coletivos e os difusos, pois enquanto estes pertencem a uma parte indeterminável de sujeitos, aqueles pertencem a uma parcela indeterminada, mas determinável de pessoas.

Além da titularidade, outro fator distancia os interesses difusos e coletivos, e diz respeito ao vínculo associativo, ausente nos interesses difusos e existente nos interesses coletivos, presente nas classes, categorias, segmentos, grupos, etc.

Todavia, apesar de distintos, os interesses coletivos e difusos mantêm uma relação de interação, de sorte que estes últimos podem assumir o estado de coletivos quando em determinada situação possibilitem a determinação do grupo social interessado.

Merece destaque o fato dos interesses difusos, por serem fragmentados, ocasionarem disputas de grupos contra grupos e não de sujeito contra sujeito, como ocorre nas controvérsias individuais, envolvendo grandes disputas de interesses¹⁴¹.

¹³⁹ MANCUSO, op. cit., 2000, p. 79.

¹⁴⁰ Idem, p. 86.

¹⁴¹ Idem, p. 92, destaca as características do conflito sobre interesses difusos: “Então, o que deflui desse entrechoque de massas de interesses é que os conflitos daí resultantes não guardam as características dos conflitos tradicionalmente concebidos na fórmula ‘Tício versus Caio’, nem tampouco se reduzem aos conflitos

Os conflitos envolvendo interesses difusos são marcados pela impessoalidade, por envolverem discussões acerca de escolhas políticas, idéias, valores, procurando encontrar a postura mais apropriada dentre as alternativas existentes nos vários grupos sociais interessados.

Em suma, os interesses difusos não são interesses públicos porque não pertencem a nenhum órgão público ou entidade; não são interesses coletivos, já que não se referem a nenhuma categoria, classe ou grupo determinado, bem como não são individuais em razão de serem insuscetíveis de apropriação exclusiva.

São, portanto, metaindividuais, já que espalhados por toda a sociedade, não se podendo identificar os seus sujeitos, nem tampouco dividir o seu objeto, além de ensejar de forma vigorosa a litigiosidade entre os interessados¹⁴².

2.6 Interesses individuais homogêneos e sua relação com os interesses transindividuais

Muito importante para o presente estudo é a compreensão dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, cuja conceituação, apesar de estar fixada no Código de Defesa do Consumidor, conforme citado acima, ainda favorece a dificuldades na interpretação e confusão na utilização dos instrumentos de defesa desses direitos.

Embora essas definições gozem de grande prestígio sendo comumente utilizadas para a reivindicação de satisfação de necessidades coletivas têm, em si mesmas, uma deficiência visto serem definições imperfeitas por deixarem de referenciar o elemento essencial do interesse, qual seja, a necessidade e, embora contenham propriedades que auxiliam no conhecimento desses interesses quando ocorrentes no corpo social, importa que as necessidades sejam adjudicadas por meio de declarações solenes de direitos inseridos no sistema normativo de iusfundamentação, pois, no marco

que contrapõem interesses coletivos já organizados e bem delineados, como os dissídios trabalhistas, mas, ao contrário, apresentam contornos diversos: não se trata de controvérsias envolvendo situações jurídicas definidas (por exemplo, A se julga credor de B, que resiste àquela pretensão), mas de litígios que têm por causa remota verdadeiras escolhas políticas. Ora, neste campo, as alternativas são ilimitadas, porque o favorecimento da posição 'A' melindrará os integrantes da posição 'B'".

¹⁴² MANCUSO, op. cit., 2000, p. 92, o autor ressalta o conceito de interesses difusos, ao dispor: "(...) são interesses metaindividuais, que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessários à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (v.g., o interesse à pureza do ar atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v.g., os consumidores). Caracterizam-se: pela indeterminação dos sujeitos, pela indivisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua tendência à transição ou mutação no tempo e no espaço".

investigatório da *iuris dictio* os conflitos de interesses enquanto dimensão teleológica engendram-se com as dimensões política e normativa¹⁴³.

Portanto, é necessário primeiramente entender a composição do universo dos interesses coletivos, estabelecendo a distinção entre os chamados transindividuais e os individuais homogêneos, sob o ponto de vista do direito material, sem perder de vista o sujeito que os exerce, o objeto sobre o qual agem, bem como o fim a que se destinam¹⁴⁴.

Sendo assim, os interesses coletivos se subdividem em coletivos *lato sensu* e individuais homogêneos¹⁴⁵. Os primeiros, por sua vez, se desdobram em difusos¹⁴⁶ e coletivos *stricto sensu* e caracterizam-se pelo fato de não terem titular determinado e a lesão ou satisfação da necessidade se dar de forma globalizada, universalizada.

Para uma melhor compreensão dos conceitos expressos no parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, é interessante esmiuçar o significado das características referentes a cada um dos interesses dispostos, iniciando pelos direitos ou interesses difusos, cujas peculiaridades são: transindividualidade, indivisibilidade, indeterminação das pessoas e união dos lesados por meio de circunstâncias de fato.

Transindividuais são interesses pertencentes a várias pessoas, não se referindo a alguém em específico, ou seja, “são direitos de todos os lesados por alguma ocorrência, mas, no âmbito individual, de ninguém em específico”¹⁴⁷. Já a indivisibilidade, como o próprio vocábulo denota são aqueles interesses cujo resultado ou solução não se divide, porque o próprio interesse é indivisível, atingindo todos e não apenas aqueles que figuraram na relação processual¹⁴⁸. A indeterminação das pessoas se refere ao fato de não se poder precisar quem

¹⁴³ ROCHA, op. cit., p. 164-165.

¹⁴⁴ Idem, p. 34.

¹⁴⁵ Idem, ibidem, o autor esclarece que “Compõem o universo de atuação do processo coletivo dois grandes domínios: o dos direitos coletivos *lato sensu* e o dos direitos individuais homogêneos. Direitos coletivos são direitos subjetivamente transindividuais (=sem titular determinado, razão pela qual são tutelados em juízo invariavelmente pelo regime de substituição processual) e materialmente indivisíveis (=são lesados ou satisfeitos necessariamente em sua globalidade, o que determina tutela jurisdicional também de forma conjunta e universalizada). Já os direitos individuais homogêneos, simplesmente, direitos subjetivos individuais (=com titular determinado) e, portanto, materialmente divisíveis (=podem ser lesados ou satisfeitos por unidades isoladas), o que propicia a sua tutela jurisdicional tanto de modo coletivo (por regime de substituição processual) como individual (por regime de representação)”.

¹⁴⁶ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Associações Cívicas e a Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: do direito vigente ao direito projetado*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves Castro; Watanabe, Kazuo. (Coord.). **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 114-115, ressalta o conceito de direitos ou interesses difusos: “Trata-se de direitos e interesses supra-individuais que pertencem a um número indeterminado e praticamente indeterminável de pessoas, as quais não têm entre si nenhuma relação definida e se encontram em uma mesma situação muitas vezes até acidentalmente”.

¹⁴⁷ MORAES, P. V. D. P., op. cit., p. 160.

¹⁴⁸ Idem, ibidem, o autor dá como exemplo de indivisibilidade, na área consumerista, uma “publicidade enganosa em que o magistrado defere pleito no sentido de que seja suspenso eventual anúncio feito pela televisão e que

são os titulares daquele direito difuso lesionado, já que todos estão expostos à prática abusiva, embora sejam desconhecidos, podendo, pois, usufruir do benefício jurisdicional.

Em se tratando da união das pessoas lesadas em razão de circunstâncias de fato, outra característica própria dos interesses difusos, trata-se do fato que une os lesados numa mesma realidade, ou seja, é “*o que dá o caráter coletivo à questão*”¹⁴⁹.

Vistas as propriedades utilizadas pela doutrina para identificar os interesses difusos, serão observadas as pertinentes aos interesses coletivos *stricto sensu*, as quais somente diferem dos primeiros em relação à determinação das pessoas e à existência de uma relação jurídica base¹⁵⁰.

Sendo assim, um interesse é coletivo do tipo *stricto sensu* quando os lesados podem ser determinados¹⁵¹ por uma categoria, segmento social, grupo ou classe de pessoas que se uniram em face de uma relação anterior à lesão do direito ou interesse daquela coletividade, chamada de relação jurídica base¹⁵².

Já os individuais homogêneos possuem titular determinado e podem ser lesados e satisfeitos de maneira individualizada, podendo ainda a sua tutela jurisdicional ser realizada de modo coletivo ou individual. De modo coletivo, seria por meio da substituição processual e de modo individual, via representação.

Cabe ressaltar que os direitos individuais homogêneos são os mesmos direitos subjetivos individuais e a homogeneidade é característica utilizada para indicar um conjunto de direitos subjetivos individuais ligados por uma relação de semelhança, o que permite a sua tutela de forma conjunta, como estratégia para garantir a efetividade do processo¹⁵³.

seja lícito. Com apenas um provimento, a retirada da publicidade, é resolvido o problema da pessoa que reclamou e automaticamente de todos os que estivessem unidos pela mesma circunstância fática, no caso, a veiculação televisiva”.

¹⁴⁹ MORAES, P. V. D. P., op. cit., p. 161.

¹⁵⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 51, o autor lembra que “Tanto interesses difusos como coletivos são indivisíveis, mas distinguem-se pela origem: os difusos supõem titulares indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, enquanto os coletivos dizem respeito a grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, ligadas pela mesma relação jurídica básica”.

¹⁵¹ MORAES, P. V. D. P., op. cit., p. 161, o autor dá como exemplo as taxas “que são cobradas de maneira específica como a taxa judiciária, pagamentos estes por intermédio dos quais as pessoas podem ser determinadas com facilidade”.

¹⁵² Idem, p. 161-162, ilustra a relação jurídica base citando que “os provimentos atinentes a questões fiscais diriam respeito a interesses coletivos *stricto sensu*, haja vista que os eventuais lesados estariam unidos entre si ou com o Estado por intermédio de um relação jurídica base, que é a relação jurídica tributária. Os consumidores que tenham assinado determinado contrato de adesão, também estariam unidos por uma relação jurídica base. Os empregados de uma determinada empresa que passa a pagar adicional noturno de apenas 5% quando o correto seria 20% (a relação jurídica base seria o contrato de trabalho mantido com cada um)”.

¹⁵³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007a, p. 43, destaca que: “Quando se fala, pois, em ‘defesa coletiva’

Eventualmente, pode acontecer a impossibilidade de determinação dos titulares dos direitos individuais homogêneos, quando não seja possível identificar os lesados de determinado fato danoso. Entretanto, tal eventualidade prática não retira a natureza do direito material objeto da lesão, nem o eleva à categoria dos interesses coletivos¹⁵⁴.

Por outro lado, apesar dos conceitos dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos estarem definidos pela doutrina e em dispositivos legais, vislumbra-se na prática algumas situações que põem em xeque tais concepções, não se amoldando aos modelos legais fixados.

Algumas circunstâncias fáticas fazem com que os direitos ora se apresentem como individuais homogêneos, ora como transindividuais, como ocorre, por exemplo, nos casos dos direitos básicos do consumidor, onde as prescrições legais, enquanto não ocorrer o dano, representam verdadeiros direitos difusos, já que direcionados a todos indistintamente, mas, ocorrendo a lesão, configuram um direito individual homogêneo porque passível de identificação dos seus titulares e de defesa individualizada¹⁵⁵.

Entretanto, tais situações, porque exceções, não destroem as definições acima apontadas, devendo, por sua vez, serem adequadas aos dispositivos normativos existentes, à procura do melhor mecanismo de tutela jurisdicional¹⁵⁶.

Outro ponto a ressaltar é o referente à classificação dos interesses individuais homogêneos como “acidentalmente coletivos”¹⁵⁷, em virtude do modo como esses direitos são defendidos. Tal classificação somente leva em conta o aspecto processual, o mecanismo de tutela jurisdicional dos direitos, mas não significa dizer que esses direitos sejam transindividuais, ou seja, embora sejam tuteláveis de forma coletiva, os direitos individuais homogêneos não perdem a sua natureza de direitos subjetivos individuais.

ou em ‘tutela coletiva’ de direitos homogêneos, o que se está qualificando como coletivo não é o direito material tutelado, mas sim o modo de tutelá-lo, o instrumento de sua defesa”.

¹⁵⁴ ZAVASCKI, op. cit., 2007a, p. 43, o autor exemplifica essa questão dizendo: “Assim, por exemplo, quando o fornecedor de gasolina vende produto adulterado a seus clientes, o dano causado é ao patrimônio individual de cada consumidor que adquiriu o combustível, hipótese típica de lesão a direito divisível e pertencente a titular individual certo. Não é difícil imaginar, todavia, que, constatada a fraude, os lesados – legítimos titulares individuais dos direitos – nem sempre tenham interesse ou estejam em condições de reunir fontes de prova de sua titulação”.

¹⁵⁵ Idem, p. 47, o autor esclarece essa situação dizendo: “Em outras palavras: na fase anterior à lesão (quando enseja tutela preventiva), o direito tem feição transindividual; já a tutela reparatória é em favor de direitos individuais homogêneos. Pode-se aventar, ainda, a hipótese de cumulação de ambas: persistindo a veiculação da propaganda enganosa, viabiliza-se (a) a busca de tutela jurisdicional para fazê-la cessar (=tutela em favor de pessoas indeterminadas, que ainda possam ser atingidas pelo ilícito) e, simultaneamente, (b) a tutela reparatória dos direitos individuais homogêneos das pessoas já vitimadas”.

¹⁵⁶ Idem, p. 48, o autor lembra que: “Nesses momentos, mais do que em qualquer outro, é indispensável que o juiz assuma efetivamente seu papel de condutor e dirigente, o que inclui a tarefa de ordenar as situações novas, valendo-se, para tal fim, dos recursos hermenêuticos e da linhas de princípios que o sistema oferece”.

¹⁵⁷ Idem, p. 57.

Da mesma forma, pode acontecer a errônea percepção dos interesses individuais homogêneos, quando na defesa coletiva desses direitos estiverem em discussão interesses de repercussão social, de interesse geral, os quais por estarem unidos numa mesma ação levam à confusão com os interesses de natureza transindividual¹⁵⁸.

Nesses casos, deve-se observar a natureza do direito em discussão, ou seja, se se trata de direitos subjetivos individuais, independentemente da forma como os mesmos estão sendo tutelados judicialmente, serão sempre individuais homogêneos.

Embora alguns interesses individuais homogêneos tenham reflexos sobre uma coletividade, por interessarem também a outras pessoas ou até mesmo a toda humanidade, como o meio ambiente, por exemplo, não se deve confundi-lo com o interesse social que tem natureza transindividual.

Há, portanto um elo de ligação entre os interesses coletivos *stricto sensu* e os individuais homogêneos, qual seja, ambos pertencem a pessoas, grupos ou classes determinadas, embora somente estes últimos sejam divisíveis, o que os diferencia da outra categoria.

Sendo assim, o único requisito mencionado pelo parágrafo único do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor para os interesses individuais homogêneos é a origem comum¹⁵⁹, cuja característica consiste na identidade de fonte jurídica ou fática. Tal prescrição legal pode levar à equívoca conclusão de que todo interesse individual homogêneo pode ser também difuso ou coletivo em sentido estrito.

Na verdade, um mesmo interesse não pode ser coletivo em sentido estrito, difuso e individual homogêneo, simultaneamente, já que são espécies diferentes de interesses, podendo haver, no entanto, diante de um mesmo fato e de uma mesma relação jurídica o aparecimento

¹⁵⁸ ZAVASCKI, op. cit., 2007a, p. 58, o autor exemplifica essa situação da seguinte maneira: “É o que ocorre, por exemplo, com os direitos individuais homogêneos dos atingidos por dano ambiental. Se, nos termos da Constituição, ‘todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações’ (CF, art. 225); e se ‘as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados’ (CF, art. 225, § 3º), parece evidente que a condenação dos responsáveis por aquelas condutas, seja no que diz respeito à reparação dos danos difusamente causados, seja também no que diz com os danos causados diretamente a pessoas individualizadas e aos seus bens, constitui interesse de toda a comunidade, na medida em que isso representa a defesa de um bem maior, que a todos diz respeito: o de preservar o direito à boa qualidade de vida e de sobrevivência da espécie. Ora, a defesa desse bem maior, que é de interesse social, acaba englobando também, ainda que indireta ou parcialmente, a defesa de direitos subjetivos individuais”.

¹⁵⁹ MORAES, P. V. D. P., op. cit. p. 180, destaca que a origem comum “caracterizadora dos interesses individuais homogêneos tanto pode se configurar ou estar presente em situações em que os lesados estejam unidos por circunstâncias fáticas (pretensão difusa), como em ocasiões em que eles estejam unidos por circunstâncias jurídicas (pretensão coletiva *stricto sensu*)”.

de interesses das três categorias, “os quais podem até mesmo ser defendidos numa única ação civil pública ou coletiva”¹⁶⁰.

Do exposto acima, verifica-se uma confusão na identificação dos direitos coletivos, difusos ou individuais homogêneos, sendo, todavia, imprescindível a sua significação para a devida aplicação dos mecanismos de proteção e exercício¹⁶¹.

Para melhor compreensão, um caminho para reconhecer um interesse difuso, coletivo *stricto sensu* ou individual homogêneo é a observação da extensão do dano ou da responsabilidade decorrente do mesmo, se indivisível ou “*individualmente variável entre os integrantes do grupo*”¹⁶².

Como exemplo de interesses individuais homogêneos, suponhamos os compradores de veículos produzidos com o mesmo defeito de série. Sem dúvida, há uma relação jurídica comum subjacente entre esses consumidores, mas o que os liga no prejuízo sofrido não é a relação jurídica em si (diversamente, pois, do que ocorreria quando se tratasse de interesses coletivos, como numa ação que visasse a combater uma cláusula abusiva em contrato de adesão), mas sim é antes o fato de que compraram carros do mesmo lote produzido com o defeito em série (interesses individuais homogêneos). Neste caso, cada integrante do grupo terá direito divisível à reparação devida. Assim, o consumidor que adquiriu dois carros terá indenização dobrada em relação ao que adquiriu um só. Ao contrário, se a ação civil pública versasse interesses coletivos, em sentido estrito (p. ex., a nulidade da cláusula contratual), deveria ser decidida de maneira indivisível para todo o grupo¹⁶³.

Então, os principais elementos a serem observados na identificação do tipo de interesse se referem às lesões provocadas pelos danos, se divisíveis ou não; às pessoas lesadas, se determináveis ou não, e ao proveito decorrente do interesse questionado, se divisível ou não¹⁶⁴.

¹⁶⁰ MAZZILLI, op. cit., p. 56.

¹⁶¹ MORAES, P. V. D. P., op. cit., p. 162, ressalta que a confusão “é inevitável, se se considerar que os direitos e interesses individuais homogêneos surgem exatamente no âmbito de uma coletividade titular de direitos e interesses difusos ou de direitos e interesses coletivos”.

¹⁶² MAZZILLI, op. cit., p. 52.

¹⁶³ Idem, p. 52.

¹⁶⁴ Idem, p. 54, o autor ilustra a melhor forma de identificar as categorias de interesses, ao dispor: “Com o fito de melhor identificar a natureza de interesses transindividuais ou de grupos, devemos, pois, atentar para estas questões: a) O dano provocou lesões divisíveis, individualmente variáveis e quantificáveis? Se sim, estaremos diante de interesses individuais homogêneos; b) O grupo lesado é indeterminável e o proveito reparatório, em decorrência das lesões, é indivisível? Se sim, estaremos diante de interesses difusos; c) O proveito pretendido em decorrência das lesões é indivisível, mas o grupo é determinável, e o que une o grupo é apenas uma relação jurídica básica comum, que deve ser resolvida de maneira uniforme para todo o grupo? Se sim, então estaremos diante de interesses coletivos”.

Embora tais elementos sejam úteis para a identificação do tipo de interesse, urge destacar que todos eles concernem à necessidade ou à carência social, a partir da qual as categorias de direitos são estipuladas solenemente.

Ou seja, a aproximação da *iuris dictio* em torno as definições dos conflitos de interesses sociais desde as definições positivadas de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos se conecta com o sistema normativo de iusfundamentação pelas categorias de direitos (fundamentais) enquanto declarações solenes de carências adjudicadas dado ser a necessidade núcleo elementar dos interesses¹⁶⁵.

Na verdade, verifica-se a ocorrência de um choque entre a satisfação das necessidades coletivas, reconhecidas como direitos fundamentais, e o modelo normativo da pessoa humana, atomizada, devendo haver uma combinação entre atomização do indivíduo e a sociedade como um todo, com todas as carências que lhe são próprias¹⁶⁶.

Dessa forma, deve o Estado estabelecer uma conformidade com os novos acontecimentos da sociedade, agindo como provedor das políticas públicas aptas a atender às exigências da pessoa humana, enquanto ser social, inserido num grupo de interesses comuns.

Sendo assim, a tutela dos direitos transindividuais relaciona-se com os direitos fundamentais prestacionais, na medida em que possibilita às pessoas a exigência de seus direitos materiais, dentre os quais aqueles que exigem prestações sociais, como direito ao meio ambiente, à saúde, à educação, à assistência jurídica ampla, entre outros¹⁶⁷.

¹⁶⁵ ROCHA, op. cit, p. 167.

¹⁶⁶ Idem, p. 167-168, o autor ressalta que “(...) não se trata de uma simples transformação da significação do Direito que não mais se refere a direitos subjetivos públicos ou privados, ou seja, uma extinção da máxima divisio como por vezes pretendido, mas sim, uma inserção e interesses sociais – e, portanto, de necessidades - próprias de uma vocação conciliatória, pois já não se trata de um modelo nuclear conceitual normativo da pessoa humana abstrata, a-histórica e apriorística, enfim, da atômização do indivíduo atômizado que levaram aos desvios das patologias individualistas ou totalitárias próprias da <<Era dos Extremos>>, mas sim, de uma conciliação entre a atômização do indivíduo e a totalidade societária por meio da socialização e da democratização como exigências da liberação tríade da pessoa humana”.

¹⁶⁷ MARINONI, op. cit., p. 111, o autor destaca a importância da ação coletiva, ao dispor: “A ação coletiva, ainda que compreendida apenas como instrumento para a proteção dos direitos fundamentais – como o direito ambiental e o direito do consumidor – é, por si só, uma resposta aos direitos fundamentais, ou melhor, a realização de uma prestação, por parte do legislador, destinada a viabilizar a participação na reivindicação dos direitos fundamentais”.

2.7 Tutela coletiva de direitos X tutela de direitos coletivos

Aliada à separação entre os interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, está a distinção entre os mecanismos processuais para a defesa de direitos coletivos e os mecanismos para defesa coletiva de direitos¹⁶⁸.

Assim como distintos são os interesses coletivos *lato sensu* dos individuais homogêneos, também distintas são as formas da sua tutela jurisdicional, haja vista a dimensão política da sua proteção, a qual reflete-se no tratamento processual que lhes é outorgado, o que requer a formalização de instrumentos hábeis à reivindicação e proteção desses direitos, como meio de realização do acesso coletivo à justiça.

Ao lado dos mecanismos para a defesa de direitos transindividuais estão os mecanismos para a defesa coletiva de direitos individuais, cada um destinado a tutelar um tipo de interesse.

Antes do advento da Constituição de 1988, a tutela coletiva de direitos era prevista apenas sob o regime do litisconsórcio, onde os direitos individuais poderiam ser defendidos conjuntamente por meio da presença dos próprios titulares no processo¹⁶⁹.

Dessa forma, demandas individuais podem ser cumuladas num só processo, por meio do litisconsórcio, sem, entretanto, caracterizar ação coletiva. Trata-se de um instrumento característico do processo individual, direcionado aos pequenos grupos, podendo sofrer limitação judicial quando apresentar um número excessivo de litigantes.

A Carta Magna ampliou notadamente a defesa coletiva de direitos, ao estabelecer a substituição processual¹⁷⁰, mecanismo por meio do qual entidades e instituições, como os sindicatos e associações, podem defender em nome próprio direito alheio¹⁷¹.

¹⁶⁸ ZAVASCKI, Teori Albino. Reforma do Processo Coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves Castro; Watanabe, Kazuo. (Coord.). **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007b, p. 33.

¹⁶⁹ BRASIL, Código de Processo Civil. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 405, “Art. 46. Duas ou mais pessoas podem litigar, no mesmo processo, em conjunto, ativa ou passivamente, quando: I – entre elas houver comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide; II – os direitos ou as obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito; III – entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir; IV – ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito”.

¹⁷⁰ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil, *op. cit.*, p. 8 e 12, cujo art. 5º, XXI prevê a substituição processual para as associações: “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;”, bem como o art. 8º, III, prevê a substituição processual para as entidades sindicais: “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;”

¹⁷¹ ZAVASCKI, *op. cit.*, 2007a, p. 38, o autor, ao tratar da inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988, no âmbito da substituição processual, ressalta que “Com esse desiderato, outorgou legitimação a certas

É a legitimação extraordinária, onde o interesse discutido pertence a um grupo, classe, categoria, coletividade e indivíduos, podendo até pertencer ao autor/substituto, mas não de forma exclusiva, já que o mesmo está defendendo direito alheio.

Mais tarde, outra previsão legal acerca da defesa coletiva de direitos individuais veio à lume com o Código de Defesa do Consumidor, o qual também trouxe a proteção coletiva aos direitos individuais, no âmbito das relações de consumo¹⁷².

Tais instrumentos, citados acima, demonstram a preocupação do legislador em suprir as novas carências da sociedade contemporânea, devendo-se reconhecer que no nosso sistema processual existe “um subsistema específico, rico e sofisticado, aparelhado para atender aos conflitos coletivos, característicos da sociedade moderna”¹⁷³.

Todavia, nem sempre os instrumentos acima mencionados tiveram a sua aplicação de forma adequada, visto que, por vezes, o direito coletivo era confundido com a defesa coletiva de direitos, atribuindo-se aos direitos subjetivos individuais, quando tutelados de maneira coletiva, o mesmo tratamento concernente aos direitos transindividuais.

Tal confusão se deve, em parte, ao fato da previsão conjunta contida no Código de Defesa do Consumidor, em relação à tutela dos interesses ou direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, o que levaria ao equívoco de que todos pertenceriam ao mesmo gênero, interesses coletivos¹⁷⁴.

Daí a importância da distinção entre a defesa coletiva de direitos e a defesa de direitos coletivos

Para a tutela dos interesses coletivos *lato sensu* o direito vigente prevê a ação civil pública, a ação popular e a ação de improbidade administrativa. Tais mecanismos compõem a **defesa de direitos coletivos**.

instituições e entidades para, em nome próprio, defender em juízo direitos subjetivos de outrem. Foi o que ocorreu com as entidades associativas (art. 5º, XXI) e sindicais (art. 8º, III), a quem foi conferida legitimação para defender em juízo os direitos dos seus associados e filiados. Da mesma forma, aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional, às organizações sindicais, às entidades de classe e às associações atribuiu-se legitimação para impetrar mandado de segurança coletivo em defesa dos interesses de seus membros ou associados”.

¹⁷² BRASIL, Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 821, em seu art. 91, dispõe sobre a ação coletiva para a defesa dos direitos individuais homogêneos: “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”.

¹⁷³ ZAVASCKI, op. cit., 2007a, p. 38.

¹⁷⁴ Idem, p. 40, explica que “A origem contemporânea e comum dos mecanismos de tutela de um e outro desses direitos, acima referida, explica, talvez, a confusão que ainda persiste em larga escala, inclusive na lei e na jurisprudência. Com efeito, a partir do advento do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, que introduziu mecanismo especial para defesa coletiva dos chamados direitos individuais homogêneos, passou-se, não raro, a considerar tal categoria de direitos, lançando-os todos eles em vala comum, como se lhes fossem comuns e idênticos os instrumentos processuais e as fontes normativas de legitimação para a sua defesa em juízo”.

Em se tratando da tutela dos interesses individuais homogêneos, existe a previsão legal da ação civil coletiva, disciplinada no Código de Defesa do Consumidor, nos artigos 91 a 100, e do mandado de segurança coletivo, cujos instrumentos representam a **defesa coletiva de direitos**.

A resolução de conflitos de forma coletiva assume um importante papel para o sistema econômico como um todo, em virtude do número de pessoas envolvidas numa mesma ação, o que do contrário geraria inúmeros processos individuais, além de reiteradas decisões no mesmo sentido, ou decisões conflitantes acerca do mesmo fato, gerando reflexos de âmbito social, político e jurídico.

Como atualmente as demandas estão cada vez mais complexas, principalmente por envolver problemas relacionados a políticas públicas, relevantes questões econômicas ou até mesmo de alta complexidade científica, os órgãos judiciais são chamados a desenvolver uma formação especializada, sistêmica, a fim de atender às necessidades reais da sociedade contemporânea¹⁷⁵.

Por outro lado, sem desmerecer as vias judiciais de tutela dos interesses transindividuais apontadas acima, haja vista a sua importância para a efetividade do acesso coletivo à justiça, conforme mencionado, vale destacar os demais mecanismos de solução extrajudicial de conflitos coletivos, integrantes da justiça administrativa, os quais desempenham um importante papel na sociedade¹⁷⁶.

Como exemplo tem-se as associações de bairro, responsáveis pelas intermediações nos conflitos existentes nas favelas; a própria polícia, ao mediar pequenos conflitos de ordem pessoal ou patrimonial, entre as classes mais baixas; as agências e órgãos da Administração Pública, os quais vêm assumindo atribuições cada vez mais marcantes na resolução dos conflitos de massa.

¹⁷⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves Castro; Watanabe, Kazuo. (Coord.). **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 19, destaca que “É notório que, nos dias de hoje, o Poder Judiciário vem sendo chamado a resolver problemas cada vez mais intrincados, sob o prisma técnico e político. Os processos coletivos são palco de conflitos internos da sociedade, relacionados, por vezes, com políticas públicas e com relevantes questões econômicas e, em certos casos, com complexidade científica. O elevado número de processos e a variedade de matérias submetidas aos juizes vêm exigindo dos órgãos judiciais, por um lado, uma formação cultural e multidisciplinar, mas, por outro, também elevado nível de profissionalização e de especialização, para fazer frente, em tempo condizente com a expectativa da sociedade contemporânea e com a especificidade relacionada aos casos, ao volume de decisões a serem proferidas”.

¹⁷⁶ OLIVEIRA; PEREIRA, op. cit., p. 92, lembram que “De fato, a idéia do Judiciário como arena precípua de resolução de conflitos, está defasada diante do Brasil contemporâneo. Pois, como se não bastassem a deficiência operacional e os mecanismos de exclusão que diminuem sensivelmente a abrangência e eficácia de suas decisões, pesquisas realizadas recentemente no país têm continuamente demonstrado o importante papel que outras instâncias, bem ou mal, detêm como centros de decisões sobre conflitos concretos ocorridos em nossa sociedade”.

2.8 Mecanismos de tutela dos interesses transindividuais e individuais homogêneos

A proteção processual aos interesses coletivos, bem como a proteção coletiva aos interesses individuais homogêneos, constituem necessidade remota, haja vista que sempre existiram lesões causadoras de danos a grupos de indivíduos que poderiam pleitear seus direitos de forma molecular, verificando-se atualmente uma necessidade maior em razão do aumento no número de demandas de natureza coletiva¹⁷⁷.

O processo, instrumento por meio do qual se busca a solução dos conflitos de interesses, deve servir tanto aos interesses individuais como aos coletivos, em estrita obediência ao disposto na nossa Carta Magna sobre a impossibilidade da lei excluir da apreciação do Poder Judiciário “lesão ou ameaça a direito”¹⁷⁸, seja este individual ou coletivo, devemos entender.

Entretanto, observa-se que o Código de Processo Civil Brasileiro, durante muito tempo, não se mostrou suficiente para proteger os interesses de natureza metaindividual, já que suas disposições referiam-se de modo precípua à ação individual, relegando a demanda coletiva para o campo das exceções¹⁷⁹.

Prova disso é a previsão contida no artigo 6º, segundo o qual “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, **salvo quando autorizado por lei**”, grifo nosso. Tal previsão denota o caráter privatista do processo civil brasileiro, onde somente o titular do direito pode demandar o seu cumprimento judicialmente e a substituição processual seria uma exceção, possível apenas mediante autorização legal, específica.

¹⁷⁷ MENDES, op. cit., p. 29-30, lembra que “A diferença é que, na atualidade, tanto na esfera da vida pública como privada, as relações de massa expandem-se continuamente, bem como o alcance dos problemas correlatos, fruto do crescimento da produção, dos meios de comunicação e do consumo, bem como do número de funcionários públicos e de trabalhadores, de aposentados e pensionistas, da abertura de capital das pessoas jurídicas e conseqüente aumento do número de acionistas e dos danos ambientais causados. Multiplicam-se, portanto, as lesões sofridas pelas pessoas, seja na qualidade de consumidores, contribuintes, aposentados, servidores públicos, trabalhadores, moradores etc., decorrentes de circunstâncias de fato ou relações jurídicas comuns”.

¹⁷⁸ Artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988.

¹⁷⁹ ZANETI JUNIOR, Hermes. **Processo Coletivo**. Salvador: Jus Podium, 2006, p. 01, esclarece que “Isto ocorre porque o design do processo civil atual é eminentemente individual e tecnicista, e assim também é a formação do processualista. Precisamos nos despir dos preconceitos e pré-juízos desta visão para fazer uma releitura dos institutos já clássicos e adequá-los a novas realidades”.

Todavia, nas últimas décadas, inúmeras alterações foram implementadas no nosso Código de Processo Civil, das quais podemos destacar as ocorridas a partir de 1985, quando o processo civil passou a tutelar direitos e interesses transindividuais¹⁸⁰.

Interesses em torno da proteção ao meio ambiente e da defesa do consumidor deram início às reivindicações pela tutela coletiva, sendo o Brasil, dentre os países do *civil law*, o que mais se empenhou na criação de mecanismos de proteção desses interesses.

Entretanto, um processo apto a dar proteção aos novos direitos deveria superar algumas dificuldades procedimentais, como a legitimação ativa e os efeitos da coisa julgada. Aquela deveria abrir espaço para a atuação de grupos na representação dos interesses difusos e a coisa julgada teria de ser estendida a todos os membros do grupo, mesmo que não tivessem participado fisicamente do processo.

A proteção dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos acarretou uma atuação legal junto à economia, ao patrimônio público e sócio-cultural, ao meio ambiente, às relações de consumo, entre outros setores agredidos da sociedade, cujos danos repercutem muitas vezes sobre toda a coletividade.

Desta forma, surgiram dispositivos legais aptos a disciplinar essas relações de âmbito coletivo e minimizar os óbices às vias judiciais, tais como a Lei nº 4.717/65 - Ação Popular, a Lei nº 7.347/85 - Ação Civil Pública, a Constituição Federal de 1988, com a criação do Mandado de Segurança Coletivo¹⁸¹ e da Ação de Improbidade Administrativa¹⁸² e a Lei nº 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor.

Entretanto, inicialmente, a proteção dada aos interesses coletivos, apesar de abranger propriamente os referentes aos danos ao meio ambiente e ao consumidor, não previa a possibilidade da representação judicial coletiva, já que a Ação Popular não pode ser proposta por pessoa jurídica¹⁸³, conforme preceitua o artigo 1º da Lei 4.717/65¹⁸⁴, *in verbis*, “Qualquer

¹⁸⁰ ZAVASCKI, op. cit., 2007a, p. 26, o autor ressalta a importância das reformas ocorridas no Código de Processo Civil, notadamente as concernentes ao processo coletivo, mencionando que: “À medida que os novos instrumentos vão sendo experimentados na prática e que os valores por eles perseguidos vão ganhando espaço na consciência e na cultura dos juristas, fica perceptível a amplitude e o grau de profundidade das mudanças que o ciclo reformador dos últimos anos produziu no processo civil brasileiro. A estrutura original do Código de 1973, moldada para atender demandas entre partes determinadas e identificadas, em conflitos tipicamente individuais, já não espelha a realidade do sistema processual civil”.

¹⁸¹ Previsto no art. 5º, LXX da Constituição Federal de 1988.

¹⁸² Prevista no art. 37, § 4º da Constituição Federal e regulada pela Lei 8.429 de 02 de junho de 1992.

¹⁸³ OLIVEIRA; PEREIRA, op. cit., p. 73, ressaltam as deficiências da Ação Popular, ao mencionar: “Apesar desses evidentes pontos positivos, entretanto, a ação popular apresenta deficiências no que diz respeito – entre outros aspectos – à questão da representação processual. Ocorre que ela não pode ser intentada por pessoa jurídica o que exclui a possibilidade de alguma associação representativa de interesse difuso ou coletivo vir a utilizá-la.”

¹⁸⁴ BRASIL, Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a Ação Popular. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 1180.

cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios (...).”

No entanto, a Ação Popular, apesar da deficiência apontada acima, representa um instrumento importantíssimo para a defesa dos direitos coletivos, principalmente os relativos ao meio ambiente, tendo simbolizado um grande passo para o sistema processual brasileiro e para o exercício dos direitos políticos¹⁸⁵.

Logo, diante do obstáculo posto à representação coletiva, os processualistas passaram a elaborar um outro meio legal para viabilizar o acesso coletivo à justiça, surgindo, assim, a Lei da Ação Civil Pública, Lei nº 7.347/85, a qual conferiu legitimidade ao Ministério Público, à União, aos Estados e Municípios, além das autarquias, empresas públicas, fundações, sociedades de economia mista, associações constituídas há pelo menos um ano que tenham como uma de suas finalidades a proteção aos interesses coletivos.

Urge destacar a inovação trazida pela Lei 11.448 de 15 de Janeiro de 2007, a qual incluiu entre o rol dos legitimados para a propositura da Lei da Ação Civil Pública, a Defensoria Pública¹⁸⁶, cujo assunto constitui o foco principal deste trabalho e será abordado com maior intensidade no próximo capítulo.

Solucionada a questão sobre a representação judicial coletiva, novas indagações surgiram, mas desta feita sobre o conceito de dano ao consumidor previsto na Lei da Ação Civil Pública, mas não conceituado por ela. Como àquela época os conflitos entre consumidores e vendedores não geravam muitas demandas judiciais, a partir da previsão na citada lei da proteção ao consumidor, inovação de grande importância para defesa dos interesses coletivos, mostrou-se essencial a conceituação dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, a fim de tornar claro o reconhecimento do dano ao consumidor.

Além disso, não havia na Lei da Ação Civil Pública previsão relativa à proteção dos interesses ou direitos individuais homogêneos, cuja abrangência passou a existir com a

¹⁸⁵ Prova disto é o disposto no art. 5º, LXXIII da Constituição Federal que dispõe: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;”

¹⁸⁶ Lei nº 11.448, de 15 de janeiro de 2007: “Art. 2º. O art. 5º da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, passa a vigorar com a seguinte redação: ‘Art. 5º. Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I – o Ministério Público; II – **a Defensoria Pública**; III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade e economia mista; V – a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico e paisagístico” (grifo nosso).

criação do Código de Defesa do Consumidor que em seu artigo 81, parágrafo único, conceitua os direitos transindividuais¹⁸⁷.

Grande marco na evolução da tutela coletiva foi a Constituição de 1988, a qual consagrou a tutela de diversos direitos de natureza transindividual, reconheceu os instrumentos para a proteção desses novos interesses, ampliou o rol de direitos transindividuais disposto na ação popular, bem como conferiu legitimidade ao Ministério Público para a defesa dos interesses difusos e coletivos¹⁸⁸.

Não podemos deixar de mencionar o Mandado de Segurança Coletivo, outro mecanismo de proteção jurisdicional de direitos transindividuais, introduzido pela Constituição Federal de 1988, o qual ampliou a legitimação ativa do mandado de segurança, adaptando-o ao novo quadro social, marcado pelos interesses de massa e pela ação das entidades intermediárias dos interesses coletivos, difusos e dos interesses individuais interligados.

Vale ressaltar também a Ação de Improbidade Administrativa, de caráter repressivo, assemelhando-se sob este aspecto com a ação penal¹⁸⁹, na medida em que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes ímprobos, visando claramente a punição dos responsáveis pelos atos de improbidade, resguardando o direito dos cidadãos de dispor de um governo zeloso pelas coisas públicas e honesto para com os seus destinatários, aproximando-se neste último caso à Ação Popular e à Ação Civil Pública.

¹⁸⁷ BRASIL, Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990, op. cit., p. 820, o art. 81, parágrafo único assim dispõe: “I – interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum”

¹⁸⁸ ZAVASCKI, op. cit., 2007a, p. 37-38, destaca a importância do advento da Constituição de 1988 para a tutela coletiva, citando: “Com o advento da Constituição de 1988, ficou expressamente consagrada, com a marca da sua estatura superior, a tutela material de diversos direitos com natureza transindividual, como o direito ao meio ambiente sadio (art. 225), à manutenção do patrimônio cultural (art. 216), à preservação da probidade administrativa (art. 37, § 4º) e à proteção do consumidor (art. 5º, XXXII). A Carta Magna também elevou à estatura constitucional os instrumentos para a tutela processual desses novos direitos. Foi alargado o âmbito da ação popular (art. 5º, LXXIII), que passou a ter por objeto explícito um significativo rol de direitos transindividuais (moralidade administrativa, meio ambiente, patrimônio histórico e cultural) e conferiu-se legitimação ao Ministério Público para promover inquérito civil e ação civil pública destinados a tutelar qualquer espécie de direitos e interesses difusos e coletivos (art. 129, III)”.

¹⁸⁹ ZAVASCKI, op. cit., 2007b, p. 35, alerta que “A identidade da função repressora, aliada à semelhança substancial das penas, submete a ação de improbidade à observância de princípios do direito penal, nomeadamente o da legalidade, o da tipicidade, o da responsabilidade subjetiva, o do non bis in idem, o da presunção de inocência e o da individualização da pena. São profundas as conseqüências que isso acarreta no âmbito dessa peculiar ação civil, a justificar inclusive a formatação de seu procedimento (art. 17 da Lei 8.429/92) por modo semelhante ao que rege o processo e julgamento dos crimes de responsabilidade dos funcionários públicos (arts. 513 a 518 do CPP)”.

Vale destacar os benefícios trazidos pelas ações coletivas, as quais possibilitam o acesso coletivo à justiça, por meio da proteção e defesa dos interesses da coletividade; representam uma economia judicial e processual, na medida em que reduzem o número de ações propostas; minimizam a incidência de decisões contraditórias sobre o mesmo objeto, oferecendo com isso maior segurança para os jurisdicionados, além de estabelecer o equilíbrio entre as partes, mitigando as suas desigualdades¹⁹⁰.

Já não era mais possível conter a marcha pela proteção aos interesses coletivos, pois essas novas necessidades foram incorporadas à sociedade e não poderiam prescindir de amparo legal para tutelá-las. Pelo contrário, os legisladores tiveram a missão de elaborar novos diplomas legais aptos a dirimir esses conflitos contemporâneos.

Parte desta evolução na defesa dos interesses coletivos deu-se com a edição da Lei nº 8.078/90, a qual, como se viu, trouxe em seu bojo o conceito de interesses ou direitos individuais homogêneos, até então desconhecido, passando, assim, a tutelar direitos passíveis de determinação, mas reunidos em um único processo em razão da sua homogeneidade.

O Código de Defesa do Consumidor disciplinou, portanto, em seu Título III, a defesa coletiva dos direitos, criando um verdadeiro sistema processual para as ações coletivas, já que suas disposições podem ser adequadas à ação popular, à ação civil pública e ao mandado de segurança coletivo, no que couber¹⁹¹.

Desta forma, apesar de cada indivíduo ter a faculdade de ingressar com uma demanda individual em juízo, tais pretensões passaram a ser reunidas em um único processo, aqui denominadas ações coletivas¹⁹².

Mediante os dispositivos legais acima citados verifica-se que as ações coletivas devem ser utilizadas visando à obtenção de todo e qualquer tipo de provimento jurisdicional, pois consoante o artigo 83¹⁹³ do Código de Defesa do Consumidor, “para a defesa dos direitos

¹⁹⁰ MORAES, P. V. D. P., op. cit., p. 156, menciona os benefícios trazidos pelas ações coletivas, ao dispor: “Servem as ações coletivas, igualmente, para reduzir o número de processos nos foros, diminuindo o número de provas a serem feitas, de atos processuais a serem realizados, em suma, economizando os serviços de toda uma estrutura que é cara e que tem reflexos na administração da justiça como um todo”.

¹⁹¹ ZANETI JUNIOR, op. cit., 2006, p. 12-13, o autor esclarece que “A tradicional visão individualista do processo se tornou insuficiente e deficitária, forçando o estabelecimento de novas regras para a tutela dos direitos coletivos e das situações em que os direitos seriam melhor atendidos s coletivamente tratados. A disciplina comum das ações coletivas no Brasil encontra-se, portanto, estabelecida no Título III do CDC; chega-se a essa conclusão, como foi visto, através da interpretação sistemática entre as regras do art. 21 da LACP e a do art. 90 do CDC”.

¹⁹² ZANETI JUNIOR, op. cit., 2007, p. 179, o autor destaca que “Com apenas uma ação coletiva são evitadas milhares de ações individuais de conhecimento sobre a mesma coisa, economizando-se dinheiro da estrutura estatal, dos jurisdicionados e oportunizando que outras questões que não podem ser reunidas coletivamente sejam julgadas com maior rapidez e efetividade”.

¹⁹³ BRASIL, Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, op. cit., p. 821.

e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela”¹⁹⁴.

Cumpra salientar que a tutela coletiva brasileira, a despeito de todo o arcabouço legal existente, ainda enfrenta algumas dificuldades de ordem prática, concernentes à admissão em juízo, à legitimidade, ao interesse processual, em face de entendimentos jurisprudenciais contraditórios que acabam por inibir o acesso coletivo à justiça.

Acredita-se que a criação de um processo coletivo, independente daquele destinado à tutela individual, pode facilitar a defesa dos interesses transindividuais, além de fomentar a defesa coletiva dos interesses individuais homogêneos, minimizando os conflitos sociais modernos, colaborando para a pacificação social.

2.9 Aspectos positivos das ações coletivas

Primeiramente, observa-se que as ações coletivas serviram e continuam servindo de estímulo para a propositura de ações judiciais, já que representa um mecanismo excelente de acesso ao Judiciário no caso de lesões economicamente pequenas, onde o titular do direito desiste de ingressar em juízo em razão do custo-benefício.

Tanto aqueles que dispõem de recursos para arcar com as despesas processuais acabam desistindo, porque tais despesas são maiores que o resultado a ser obtido, como aqueles que não possuem recursos suficientes para tais custos, também desistem, e em maior quantidade¹⁹⁵.

Tal fato é observado mais nitidamente nas lesões aos direitos do consumidor, onde o lesado muitas vezes prefere abdicar do seu direito, deixar de requerer a reparação do dano que

¹⁹⁴ ZAVASCKI, op. cit., 2007b, p. 38, o autor lembra que “E nas situações em que o direito material, para ser adequadamente tutelado, exigir meios excepcionais, caberá ao aplicador da norma promover a devida conformação dos instrumentos já existentes, valendo-se, para tal fim, dos recursos hermenêuticos da analogia e dos princípios que o sistema lhe oferece”.

¹⁹⁵ MENDES, op. cit., p. 30, o autor destaca esta relação custo-benefício da seguinte forma: “Dentro da idéia custo-benefício, a questão pode ser enfrentada sob duas vertentes. Em primeiro lugar, estão os lesados que dispõem de recursos para o pagamento das despesas processuais, mas estas representariam valor aproximadamente igual ou superior ao próprio benefício pretendido. Junte-se a isso que a pretensão, sob o prisma da renda e do padrão de vida das pessoas atingidas, terá um valor patrimonial irrisório, não compensando sequer a utilização de tempo e esforços, que, se quantificados, significariam montante acima da pretensão almejada. Sob prisma relativamente diverso, encontram-se as pessoas desprovidas dos meios necessários para o pagamento de custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios”.

lhe foi causado, a ter que litigar contra uma grande empresa ou mesmo contra o Poder Público, principalmente quando o benefício esperado é de valor ínfimo¹⁹⁶.

É justamente daí que decorre a importância das ações coletivas, as quais permitem que pequenas demandas se unam, ganhem força e se transformem em uma “grande demanda”, por representar interesses de um grupo, de uma coletividade, cujo resultado será capaz de causar um impacto no meio social onde foi gerada.

Outro aspecto importante é o relativo ao equilíbrio das partes no processo, cuja falta pode inibir o indivíduo a buscar a proteção judicial, quando sabe das condições econômicas do causador do dano, das suas chances de contratar profissionais de qualidade, de custear produção de provas, entre outros meios hábeis a proporcionar uma excelente defesa.

As ações coletivas, por ensejar o acúmulo de demandas, proporcionam uma elevação no valor da causa, que era ínfimo quando individual, e chega a atingir grandes proporções, despertando, com isso o interesse de grandes profissionais.

Em decorrência disso, devem os substitutos processuais gozar de estrutura suficiente para desempenhar o seu papel de defensores dos direitos transindividuais, proporcionando o acesso coletivo à justiça¹⁹⁷.

Também merece destaque o papel das ações coletivas de conferir importância política às questões relacionadas com o meio ambiente, com as desigualdades sociais, com a violação de direitos, dentre outras, que além de darem visibilidade aos problemas jurídicos discutidos, favorecem as discussões políticas capazes de ensejar as mudanças legais e reais na vida das pessoas.

Vale lembrar que a economia processual proporcionada pelas ações coletivas reflete-se sobre todo o aparato judicial, já que centenas de possíveis processos são representados por um único instrumento, significando uma economia de tempo, recursos administrativos, dedicação do julgador¹⁹⁸.

¹⁹⁶ MENDES, op. cit., 2002, p. 30, o autor lembra que “Por conseguinte, tendem a se beneficiar, ao invés de serem devidamente sancionados, os fabricantes de produtos defeituosos de reduzido valor, os entes públicos que cobram tributos indevidos ou não concedem os direitos funcionais cabíveis e os consumidores que realizam negócios abusivamente, apenas para citar alguns exemplos. De pouca ou nenhuma valia passam a ser as normas de direito material que estabelecem direitos para os lesados, se a referida proteção não encontra, também, amparo efetivo nos meios processuais disponíveis”.

¹⁹⁷ Idem, p. 31, o autor destaca a importância das ações coletivas para o acesso coletivo à justiça, dizendo: “As ações coletivas, se bem estruturadas, podem ser, portanto, um efetivo instrumento para o aperfeiçoamento do acesso à justiça, eliminando os entraves relacionados com os custos processuais e o desequilíbrio entre as partes”.

¹⁹⁸ Idem, p. 34, o autor menciona que “Com a pulverização de ações, a causa também é fracionada e acaba não sendo, de fato, decidida por nenhum dos juízes de primeiro ou segundo grau, na medida em que a lide estará sendo apreciada, simultaneamente, por centenas ou milhares de julgadores. Conseqüentemente, apenas o

3 DEFENSORIA PÚBLICA E ACESSO COLETIVO À JUSTIÇA

3.1 Defensoria Pública no Brasil

A Defensoria Pública brasileira tem sua origem nas Ordenações Filipinas de 1603, precisamente no Livro III, Título 84, § 10, a qual previa a defesa pública e gratuita para aqueles que comprovassem a sua pobreza, por meio de requerimento à autoridade policial para certificar a sua condição de miserável jurídico¹⁹⁹. Tal legislação permaneceu em vigor até a criação do Código Civil de 1916.

A condição acima citada para a concessão do benefício expunha os seus destinatários a uma condição humilhante, o que se transformava em mais uma barreira ao acesso à justiça, pois aqueles que não tinham condições de arcar com os custos de um advogado e com as custas judiciais acabavam desistindo de reivindicar a proteção ao seu direito a ter de suportar a constrangedora avaliação da sua miserabilidade jurídica.

Aos poucos, os juristas foram percebendo que pobres não eram apenas aqueles pertencentes a classes baixas, mas também aqueles integrantes de outras classes mais altas, que não tinham condições de arcar com os custos de um processo judicial, embora a concepção caritativa da assistência judiciária se fizesse presente, como ainda verificamos nos dias atuais²⁰⁰.

A partir daí vários diplomas legais começaram a incluir a assistência judiciária em seus textos, como por exemplo, o Código de Processo Penal e o Código de Processo Civil, ressaltando-se ainda o apoio de entidades como a Ordem dos Advogados do Brasil, a qual, ao ser criada, em 1930, passou a assumir, sob pena de multa, a obrigação de indicar advogados para a defesa gratuita.

pronunciamento final ou dos tribunais superiores passa a ter relevância, sob o ponto de vista da solução do conflito”.

¹⁹⁹ ROBERT, Cinthia; SÉGUIN, Elida. **Direitos Humanos, Acesso à Justiça: um olhar da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p. 154-155.

²⁰⁰ Idem, p. 155, as autoras lembram o fato que marcou a extinção da certidão de pobreza: “O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em acórdão unânime da 3ª Câmara Criminal, julgamento em 24.06.1992, AP. nº 361, relator Desembargador Raphael Cirigliano Filho – Jorge Silveira Soares vs MP decidiu que era desnecessário documento oficial para comprovar a miserabilidade jurídica, enfatizando que juridicamente pobre não é somente o mendigo, mas também o integrante da classe média que não dispõe de recursos para custear um processo judicial”.

Em 1950 foi criada a Lei 1.060 que estabeleceu normas para a concessão da assistência judiciária aos necessitados²⁰¹, cuja expressão *judiciária* foi utilizada justamente para isentar o beneficiário não apenas dos custos com o processo, denominada assistência jurisdicional, mas inclusive com as taxas, custas, emolumentos, pareceres, exames, consultoria.

Urge salientar, porém, que apesar da previsão legal existente, a Defensoria Pública somente foi criada e prevista formalmente como uma função essencial à justiça, na Constituição de 1967, e apenas em 1994 foi criada a Lei Complementar nº 80, com a finalidade de organizar a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, além de dispor sobre normas gerais para as Defensorias Estaduais.

A criação da Defensoria Pública incidiu diretamente sobre o acesso ao Direito, uma das faces do acesso à Justiça, uma vez que as pessoas carentes passaram a usufruir da orientação jurídica e dos serviços de conciliação dos conflitos, atendimento muito mais efetivo do que a simples gratuidade das custas judiciais, como ocorria na assistência judiciária, já que permite o acesso ao conhecimento, ao Direito²⁰².

Sendo assim, a assistência prestada pela Defensoria Pública visa ao atendimento jurídico e não apenas judicial, viabilizando a inclusão dos desprivilegiados economicamente no Estado Democrático de Direito, consoante o disposto no *caput* do artigo 134 da Constituição Federal de 1988, segundo o qual, “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”²⁰³.

O artigo 5º, LXXIV, por sua vez, prevê que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”²⁰⁴, denotando assim, a finalidade para a qual a Defensoria Pública foi instituída.

²⁰¹ A expressão “necessitados” foi conceituada pela Lei 1.060, de 05 de fevereiro de 1950, em seu parágrafo único do art. 2º, segundo o qual “Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”.

²⁰² ROBERT; SÉGUIN, op. cit., p. 182, destacam: “Assim, ao atuar dentro – e até mesmo fora – de sua designação o Defensor Público possibilita que o futuro jurisdicionado conheça o pretense direito que possa ter. Dizemos futuro jurisdicionado em obediência ao Princípio da Demanda insculpido no art. 2º do CPC, considerando ainda que na maioria das vezes não chega ao Estado-Juiz grande parte dos conflitos pré-processuais já que dentre as funções institucionais da Defensoria Pública está a de conciliar as partes envolvidas. O Defensor Público – verdadeiro Ombudsman – dá Acesso ao Direito e permite o Acesso aos Tribunais”.

²⁰³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, op. cit., p. 46.

²⁰⁴ Idem, p. 10.

Percebe-se, portanto, a importância da função exercida pela Defensoria Pública dentro do Estado Democrático de Direito, imprescindível para a defesa dos direitos individuais e transindividuais dos necessitados²⁰⁵.

Todavia, é interessante mencionar a ausência na Lei Complementar nº 80 de previsão expressa para a proteção aos direitos difusos, fato lamentável, haja vista a importância do resguardo desses interesses para o exercício da cidadania e a manutenção da paz social.

Por outro lado, a referida Lei ao prevenir expressamente a defesa da criança e do adolescente e dos direitos do consumidor lesado, outorga à Defensoria Pública a proteção a interesses individuais homogêneos, coletivos e difusos, que podem surgir dependendo da situação fática em que se encontre a criança e o adolescente, bem como o consumidor lesado. Tal assunto será abordado mais detalhadamente em subitem específico ainda neste capítulo.

Já na esfera estadual, observa-se previsão expressa à proteção dos direitos difusos na Lei Complementar do Estado de Pernambuco, nº 20 de 09 de junho de 1998, a qual em seu artigo 4º, I, assim dispõe:

A Defensoria Pública do Estado tem por finalidade a execução das seguintes competências, atividades e funções:

I – promover, judicial e extrajudicialmente, a defesa dos interesses pessoais, sociais, patrimoniais e trabalhistas das pessoas pobres, na forma da lei, **individuais, difusos ou coletivos**, buscando, preferencialmente, a conciliação da lide entre as partes envolvidas;²⁰⁶ (grifos nossos)

Pelo exposto acima, resta clara a função institucional da Defensoria Pública consistente na defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos dos necessitados.

Alguns autores²⁰⁷ preferem estabelecer dois tipos de funções desempenhadas pela Defensoria Pública, sendo a primeira denominada de típica, em defesa dos necessitados de natureza econômica, e a segunda chamada de atípica porque em proteção aos necessitados

²⁰⁵ ROBERT; SÉGUIN, op. cit., p. 240, ressaltam que “Os Defensores Públicos além de Operadores de Direito, por terem oportunidade de lidar com uma camada mais desprotegida e desinformada da população, repetimos, são também agentes de mudança, atuando numa educação informal do povo para conscientizá-los da cidadania que possuem. Ao informar a parte de seu direito o Defensor Público faz mais do que apenas defender um direito subjetivo, ele muda paulatinamente uma consciência social”.

²⁰⁶ PERNAMBUCO, Lei Complementar nº 20 de 09 de junho de 1998. Institui e organiza a Defensoria Pública do Estado de Pernambuco, por transformação da Assistência Judiciária do Estado, cria a carreira e cargos de Defensor Público e dá outras providências. **Legislação Defensoria Pública do Estado de Pernambuco**. Recife, dezembro 2003, p. 65.

²⁰⁷ ZANETI JUNIOR, Hermes. A Efetividade do Mandado de Segurança Coletivo no Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves Castro; Watanabe, Kazuo. (Coord.). **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 393.

jurídicos. A função típica da Defensoria consiste na defesa das pessoas de baixa renda, enquanto a atípica não se refere ao carente, mas àquele determinado pela lei, como no caso do curador especial, previsto no artigo 9º, II do Código de Processo Civil²⁰⁸ e do Defensor Dativo, mencionado no artigo 265 do Código de Processo Penal²⁰⁹.

Apesar de respeitar o entendimento acima, com o mesmo não se deve corroborar, haja vista que a função da Defensoria Pública é única: defender e orientar juridicamente os necessitados, ainda que estes não possam ser individualizados.

Vale salientar que é por meio da análise das circunstâncias factuais que o Defensor Público aferirá o grau de suficiência de recursos dos sujeitos tutelados, em sede de interesses difusos, de modo que sendo notória a lesão a necessitados, ainda que seja a apenas um, caberá a defesa via Defensoria Pública.

Trataremos especificamente da legitimidade da Defensoria Pública para a propositura das ações coletivas e suas vicissitudes em subitem próprio mais adiante.

3.2 Legitimidade ativa para a propositura das ações coletivas

A legitimidade consiste na titularidade do direito de ação, de maneira que parte legítima “é aquela à qual a lei deferiu o direito de ingressar em juízo e requerer determinada prestação jurisdicional”²¹⁰.

Também denominada de competência, a legitimação diz respeito à posição que o sujeito ocupa em relação ao ato jurídico ou negócio de seu interesse, de sorte que tais institutos representam “as duas faces de uma mesma moeda”²¹¹. Normalmente, fala-se em competência para o juiz e legitimação para as partes, mas ambos são requisitos do ato, devendo haver a coincidência entre o titular do direito, objeto do ato ou negócio, e o sujeito que o exerce²¹².

²⁰⁸ “O juiz dará curador especial: II – ao réu preso, bem como ao revel citado por edital ou com hora certa”.

²⁰⁹ “O defensor não poderá abandonar o processo senão por motivo imperioso, a critério do juiz, sob pena de multa de cem a quinhentos mil-réis”.

²¹⁰ FILARDI, Hugo. Ação Civil Pública e Acesso à Justiça. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 133, p. 27-47, mar. 2006. ISSN 0100-1981, p. 34-35.

²¹¹ SEVERO NETO, Manoel. **Substituição Processual**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 115.

²¹² Idem, ibidem, o autor esclarece que “Competência e legitimidade, são institutos simétricos. Para a prática e a realização de determinados atos, considera a doutrina que o sujeito deve ser competente para praticá-los e outras vezes sustenta que o ato deve ser praticado e realizado pelo sujeito legitimado. Essa dicotomia encontra-se encartada na teoria geral do direito e no próprio direito processual”.

Já a legitimidade no âmbito das ações coletivas é assunto bastante complexo, posto que divergente na doutrina e jurisprudência, principalmente em razão da determinação legal constante do artigo 6º do Código de Processo Civil, segundo o qual “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”, de forma que deverá haver uma coincidência entre o titular do direito material discutido e o titular da ação.

Na verdade, tal regra foi criada visando à proteção da liberdade do indivíduo, numa visão liberal-individualista, onde o direito de ação era concebido como um direito de propriedade, devendo ser resguardado em respeito ao direito que tem o indivíduo de participar ou não do processo²¹³.

Entretanto, uma exceção é apresentada pela mesma norma, na parte final do artigo supracitado, o qual permite a defesa em nome próprio de direito alheio, nas situações autorizadas pela lei, doutrinariamente denominadas de substituição processual ou legitimação extraordinária.

Tal defesa também é denominada de unibubjetiva e tresdobrada²¹⁴. É unisubjetiva pelo fato de o titular da ação não coincidir com o titular da relação de direito material, já que o autor da ação está atuando em nome próprio na defesa de direito alheio. Por outro lado, é tresdobrada ou triádica quando o titular do direito de ação, ao defender direito próprio defende também direito alheio, ocupando assim, três posições no processo²¹⁵.

Pode-se citar como exemplo de legitimação triádica a da associação que defende, via ação civil pública, direitos difusos previstos em seu estatuto, caso em que a sua legitimação é extraordinária porque está atuando como substituta da coletividade, detentora dos direitos discutidos em juízo, sendo tresdobrada porque o interesse também é próprio da associação, em virtude de expressa previsão estatutária. Então a associação, neste exemplo, seria titular do direito de ação, titular do direito material e titular do direito de pleitear em nome próprio direito alheio.

²¹³ ZANETI JUNIOR, op. cit., 2006, p. 49, nos esclarece que “Essa regra tem por objetivo a garantia de que não se exporá o indivíduo a uma situação da qual ele não quer tomar parte e, ainda, de que o indivíduo tem a liberdade de participar do processo que julga interesse seu. É regra liberal-individualista nascida da noção de liberdade propalada pelo iluminismo e pela Revolução Francesa e tem seus corolários justificados dentro dos próprios dogmas do devido processo legal e do contraditório. Portanto, tal fenômeno é histórico, encontra-se influenciado pelas transformações políticas e sociais”.

²¹⁴ SEVERO NETO, Manoel. **Substituição Processual**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 74.

²¹⁵ Idem, p. 76, o autor assevera que “O substituto processual poderá encontrar-se legitimado para atuar em juízo na defesa de direito próprio e direito alheio, quer dizer, ele se apresenta como titular do direito substancial e do direito de ação (legitimação bimembre) e simultaneamente, age na defesa de direito alheio (legitimação unissubjetiva), ocupando três posições (legitimação triádica)”.

É interessante destacar que não há relação jurídica de direito material entre substituto e substituído, versando a legitimação do substituto apenas sobre a relação jurídica de direito substancial²¹⁶.

Sendo assim, quando alguém propõe uma ação em defesa de um direito que alega ser seu, está exercendo a legitimação ordinária, ao passo que quando a lei confere a alguém a autorização para pleitear direito pertencente a terceiro, a legitimação é extraordinária.

A legitimação ordinária apresenta duplo efeito, na medida em que confere poderes ao titular do direito para pleiteá-lo ou para defendê-lo em juízo, ou seja, a dupla legitimação “é a coincidência que se verifica entre o titular do direito e a defesa desse direito em juízo”²¹⁷, de modo que “o titular do direito ocupa uma posição dúplice – bímembre – pois encontra-se reunido em um único sujeito de direito a posição de titular do direito material e da ação proposta”²¹⁸.

Vale mencionar que a titularidade alegada pelo autor pode não ser verdadeira, e tal verossimilhança somente pode ser constatável com a prolação da decisão final do processo, fato que não retira, porém, o caráter de bímembre da legitimação ordinária²¹⁹.

A legitimação extraordinária, por sua vez, pode ser **subordinada**, quando o legitimado extraordinário somente atua na presença do legitimado ordinário; pode ser **autônoma**, quando a atuação do primeiro não depende da presença deste último no processo²²⁰.

Já a legitimação extraordinária autônoma é **exclusiva** quando a lei permite que apenas o legitimado extraordinário figure no processo como parte principal, ocasião em que o legitimado ordinário figurará como parte acessória. Quando, porém, a lei autoriza a atuação tanto do legitimado ordinário quanto do extraordinário em um mesmo grau de importância, a legitimação é chamada de **concorrente**²²¹.

²¹⁶ SEVERO NETO, op. cit., p. 87, o autor lembra que “Em todos os casos, necessariamente, não é preciso que exista uma relação jurídica de direito material entre o substituto e o substituído para que o substituto possa aforar uma ação em nome do substituído. A relação jurídica de direito material, poderá atribuir a qualidade de pessoa legitimada ao substituto, o qual não é titular dessa relação, todavia, querendo, poderá defendê-la em juízo, na qualidade de substituto processual, desde que exista norma de direito positivo autorizando a defesa desse direito”.

²¹⁷ Idem, p. 66.

²¹⁸ Idem, p. 67.

²¹⁹ Idem, p. 69, o autor esclarece que “A titularidade de um direito substancial ou a afirmação pelo autor de que é titular desse direito consiste na determinação da bissubjetividade, mesmo que na decisão que venha a ser editada pelo órgão jurisdicional este reconheça como inexistente o direito e por via de consequência a titularidade alegada”.

²²⁰ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas: no direito comparado e nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 241.

²²¹ Idem, ibidem.

Cumpra ressaltar que parte da doutrina²²² denomina de concorrente a legitimação quando há mais de um legitimado extraordinário autorizado a propor a ação, podendo qualquer um deles intentar a ação, independentemente da vontade do outro, característica também chamada de **disjuntiva**²²³.

Em se tratando das ações coletivas, o legislador brasileiro determinou taxativamente o rol de legitimados, estabelecendo critérios objetivos para a sua legitimação, ao contrário dos países que adotam os sistemas das *class action*, onde a legitimação é fundada na “adequada representação”²²⁴ e controlada pelo Judiciário.

Como exemplos de requisitos objetivos para a configuração da legitimidade há os fixados para as associações, legitimadas para a propositura da Ação Civil Pública, desde que estejam constituídas há pelo menos um ano e que as suas finalidades institucionais sejam compatíveis com o direito pleiteado na ação. Outrossim, a propositura do mandado de segurança coletivo também se submete a requisitos objetivos, quais sejam, representação no Congresso Nacional para os partidos políticos, existência legal e funcionamento há pelo menos um ano, para as entidades sindicais, de classe ou associações²²⁵.

Verifica-se, portanto, que para a legitimação nas ações coletivas a legislação brasileira estabelece a legitimação do particular, como é o caso do cidadão, legitimado para a ação popular; a legitimação de pessoas jurídicas, como as associações, sindicatos e partidos políticos para a propositura do mandado de segurança coletivo; a legitimação de órgãos ou entidades do Poder Público, como ocorre com a legitimação do Ministério Público e da Defensoria Pública para a propositura da ação civil pública²²⁶.

²²² Pedro Lenza, Hermes Zaneti Junior, entre outros.

²²³ MENDES, op. cit., 2002, p. 241, com propriedade destaca: “Ressalte-se, no entanto, que a doutrina tem denominado, por vezes, a legitimação de concorrente quando há duas ou mais pessoas compartilhando da condição de legitimado extraordinário. Para a hipótese dos extraordinariamente legitimados estarem simultaneamente autorizados à propositura da ação, denomina-se com mais propriedade, como disjuntiva. A legitimidade de um não exclui, desse modo, a do outro, admitindo-se inclusive o litisconsórcio”.

²²⁴ ZANETI JUNIOR, op. cit., 2006, p. 50-51, explica o sistema da legitimação fundada na adequada representação: “Os sistemas que têm por base a *class action* adotam a legitimação fundada na ‘adequada representação’. Em outras palavras, significa que os princípios correlatos ao devido processo legal se confirmam, então, pelo controle dessa legitimação pelo juiz. É que as partes ‘representam’ a classe, ou seja, a classe está presente no julgamento. O contraditório e a ampla defesa são garantidos pelo fair notice – notificação dos membros da classe – e, como consequência, são estabelecidos o right to opt out – direito de exclusão ou ‘de saída’ do membro da classe – e o binding effect – extensão subjetiva da coisa julgada”. Mais adiante, complementa: “Nesses sistemas a representação poderá ser feita por particular (indivíduo membro da classe), entidades privadas com objeto ligado ao direito conflituoso (associações ambientais, sindicatos) ou órgãos públicos criados para defesa desses direitos (MP ou ombudsman – nos países nórdicos) sendo sempre controlada a sua conformidade e ajustamento pelo órgão julgador”.

²²⁵ Art. 5º, LXX da Constituição Federal de 1988.

²²⁶ ZANETI JUNIOR, op. cit., 2006, p. 51.

Nota-se que o direito brasileiro optou por estabelecer de forma taxativa os entes legitimados para a propositura das ações coletivas, retirando do lesado o direito de individualmente exercer a provocação jurisdicional em favor dos demais interessados, ressalvada a ação popular, cuja legitimidade é conferida apenas à pessoa natural do cidadão²²⁷.

A restrição da legitimidade na ação popular representa um obstáculo à sua propositura, haja vista que os cidadãos, por terem de disputar sozinhos contra os atos lesivos cometidos pela administração pública, desencorajam-se em face do poder público. Aliada a este fato está a falta de consciência coletiva, de senso de cidadania, pois boa parte dos cidadãos brasileiros não se sente responsável pelo controle da moralidade administrativa, pela preservação do patrimônio público, deixando sempre a cargo do Ministério Público o ofício de acionar o Judiciário, via Ação Civil Pública²²⁸.

Em relação à natureza da legitimação para agir nas ações coletivas, verificamos que embora a maioria da doutrina e jurisprudência defenda a legitimação **extraordinária**, pela substituição processual da coletividade, há ainda duas correntes divergentes, das quais uma entende a legitimação como **ordinária** e a outra como legitimação **autônoma para a condução do processo**.

A legitimação extraordinária, já mencionada acima, é aquela em que um terceiro, estranho à relação jurídica material, ao integrar a relação processual como sujeito, na posição de autor ou na de réu, defende em nome próprio direito alheio, substituindo o titular do direito material. Não se confunde com o representante, já que este, não sendo parte age em nome do representado²²⁹.

Na verdade, a representação é o instituto processual que mais se aproxima da substituição, sendo que o representado apesar de ser parte, “não tem legitimidade para agir

²²⁷ FILARDI, op. cit., p. 36, lembra que “Diferentemente do que ocorre nos países da common law, a verificação da legitimidade adequada para a propositura de demandas coletivas no direito brasileiro encontra-se pré-estabelecida pelo legislador, que de forma taxativa concedeu determinadas pessoas a titularidade da ação na defesa de interesses metaindividuais. Tais entes eleitos pelo legislador não são pessoas naturais, fato que impede que um dos lesados individualmente exerça do direito de ação pelos mais interessados”.

²²⁸ FIGUEIREDO, Lucia Valle. Ação Civil Pública. Ação Popular. A Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos. Posição do Ministério Público. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 208, p. 35-53, abr./jun. 1997, p. 51, ressalta que “O texto da Lei da Ação Popular contém evoluções grandes, mas, de qualquer sorte, restringe-se à legitimidade ativa do cidadão. Na medida em que só o cidadão puder acionar, puder ser autor popular, claro está que a ação popular perde muito de sua força e tem de perder. É difícil para o cidadão entrar em confronto com a Administração Pública, como já assinalado”.

²²⁹ LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 176.

por si no processo. O representado é titular de direitos e deveres processuais, mas só poderá exercê-los através de seu representante legal”²³⁰.

Os autores que defendem a legitimação extraordinária para as ações coletivas o fazem sob a alegação de que o legitimado é substituto processual porque substitui um direito alheio da coletividade, agindo em nome próprio.

A legitimação ordinária, por sua vez, é a regra geral, segundo a qual o titular do direito material pleiteado é o autor da ação, defendendo em nome próprio direito próprio. Tal legitimação é atribuída às ações coletivas nos casos em que as entidades atuam na defesa dos seus interesses institucionais²³¹. Se, por outro lado, a entidade atua na defesa dos interesses dos seus membros, filiados ou associados, o caso seria de legitimação extraordinária, substituição processual²³².

Após a criação da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor outra corrente surgiu, chamando de legitimação autônoma para a condução do processo²³³ a conferida aos entes legitimados para a propositura das ações coletivas, em razão da separação existente entre o direito material e o direito de conduzir o processo, ou seja, a lei confere o direito de conduzir o processo a um terceiro estranho ao direito material deduzido em juízo²³⁴.

Analisadas as três teorias acima acerca da legitimação para a propositura das ações coletivas, não se pode deixar de reconhecer a procedência da que defende a legitimação extraordinária, pois em sede de tutela coletiva sempre haverá a defesa em nome próprio de um interesse alheio da coletividade.

Ainda que o interesse defendido pelo legitimado coincida com os seus interesses institucionais, de qualquer forma estará havendo a defesa de interesses de um grupo, de uma classe, de uma coletividade que foi substituída no processo por um ente determinado pela lei.

Além do mais, não se pode dizer que os interesses defendidos pelas associações, Ministério Público, entes políticos, lhe são próprios, pois, na verdade, o interesse é ideológico,

²³⁰ SEVERO NETO, op. cit., p. 39.

²³¹ Tese defendida por Kazuo Watanabe.

²³² LENZA, op. cit., p. 183, expõe o posicionamento da doutrina em relação a esses dois tipos de legitimação, esclarecendo: “De modo que, caso a caso, dever-se-á verificar se a entidade age na defesa de seus interesses institucionais – proteção ao ambiente, aos consumidores, aos contribuintes, por exemplo – e, neste caso a legitimação seria ordinária; ou se atua no interesse de alguns de seus filiados, membros ou associados, que não seja comum a todos, nem esteja compreendido em seus objetivos institucionais: neste caso, sim, haveria uma verdadeira substituição processual”.

²³³ Teoria sustentada por Nelson Nery Junior.

²³⁴ ZANETI JUNIOR, op. cit., 2006, p. 55, destaca que “Essa corrente foi criada com base na teoria do ‘direito de condução do processo’ (prozessführungsrecht) elaborada por Hellwig na tentativa de superar os óbices de lógica formal oponíveis à teoria da substituição processual. A doutrina do direito de conduzir o processo funda suas raízes na autorização, pelo direito objetivo, à condução do processo por um terceiro que não tenha relação com o direito material deduzido em juízo (pelo menos não um relação direta que consubstancie necessariamente um interesse jurídico)”.

no sentido da pessoa, jurídica ou formal, estar exercendo um papel de verdadeiro paladino do meio ambiente, dos consumidores, do patrimônio histórico etc.²³⁵, segundo determinação da lei ou do estatuto, como é o caso das associações.

Com relação à legitimação autônoma para a condução do processo, vislumbra-se a sua inserção no próprio conceito da legitimação extraordinária, do tipo autônoma exclusiva, segundo a qual a atuação do legitimado exclui a atuação do titular do direito material, agindo aquele em nome próprio na defesa de interesses de outrem, mediante expressa determinação legal²³⁶.

Sendo assim, percebe-se que a legitimação extraordinária é a mais adequada à tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, devendo ser caracterizada como **ativa, exclusiva, autônoma, concorrente e disjuntiva**.

É **ativa** porque ocorre no pólo ativo da relação processual, em atendimento aos movimentos sociais por acesso à justiça e economia processual. Quanto à **exclusividade**, esta se dá em razão de somente os legitimados extraordinários poderem propor as ações coletivas, estando os legitimados ordinários impedidos de propô-las, podendo apenas atuar no processo como parte acessória, assistente simples ou litisconsorcial²³⁷.

A legitimação extraordinária para a propositura das ações coletivas é ainda **autônoma**, pelo fato de os legitimados atuarem independentemente da vontade dos titulares do direito material; é **concorrente** em relação aos co-legitimados extraordinários, ou seja, qualquer deles poderá intentar a ação coletiva; é **disjuntiva**, pois cada legitimado exerce a sua legitimação independentemente da vontade dos demais entes legitimados²³⁸.

Vistas as características da legitimação para a propositura das ações coletivas, mostra-se importante a verificação dos principais aspectos pertinentes aos legitimados extraordinários dispostos na Constituição Federal, na Lei da Ação Civil Pública e no Código

²³⁵ MENDES, op. cit., 2002, p. 245.

²³⁶ ZANETI JUNIOR, op. cit., 2006, p. 58, ressalta que “A legitimação autônoma (direito de conduzir o processo) é uma busca alternativa ao intrincado e muitas vezes fugidio à lógica formal instituído da substituição processual, resguardadas as diferenças entre os sistemas, é compreensível dentro da chamada legitimação processual por substituição autônoma exclusiva, já tradicionalmente aceita em nosso ordenamento. Assim, o autor é substituto processual, agindo sem necessidade de autorização, em nome do direito subjetivo de outrem e os próprios titulares individuais não podem fazer valer diretamente seus direitos subjetivos coletivos. Nenhum dos titulares do direito individual vinculado à pretensão coletiva, seja difusa, coletiva stricto sensu ou individual homogênea, pode atuar como parte no mandado de segurança coletivo, e assim, no processo coletivo em geral, que é exclusivo para os legitimados extraordinariamente em lei”.

²³⁷ Idem, p. 59, o autor adverte que “A posição dos titulares do direito subjetivo (legitimados ordinários), que são aqueles referidos no art. 81, § e incisos, será meramente acessória. A lei expressamente retira o seu poder de ação e o substitui pelo legitimado extraordinário. Passa o titular do direito subjetivo (legitimado ordinário) à posição de assistente simples, art. 50 do CPC, e, no caso dos direitos individuais homogêneos, assistente litisconsorcial (art. 94 do CDC)”.

²³⁸ Idem, p. 59-60.

de Defesa do Consumidor, a saber o Ministério Público, as associações e sindicatos, as entidades e órgãos da Administração Pública.

3.3 Legitimação do Ministério Público

Não há como deixar de mencionar a importância do Ministério Público para a tutela coletiva, tendo em vista que a sua participação é obrigatória no processo, seja como parte, seja como fiscal da lei²³⁹, consoante o disposto no § 1º do artigo 5º da Lei 7.347/85 e no artigo 92 do Código de Defesa do Consumidor²⁴⁰.

Além disso, a tutela dos interesses difusos e coletivos foi expressamente inserida nas funções institucionais do Ministério Público, pela Constituição Federal de 1988, por meio do artigo 129, III, segundo o qual cabe ao referido órgão, “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de **outros interesses difusos e coletivos**”. (grifo nosso).

Mediante tal disposição legal, vê-se que a propositura da ação civil pública pelo *parquet* constitui-se numa obrigação, devendo ser proposta sempre que cabível, configurando um “direito indisponível do Ministério Público, pois que a competência deve sempre ser exercitada”²⁴¹.

Entretanto, cumpre salientar que o fato de o Ministério Público ser obrigado a propor a ação civil pública, não implica a sua exclusividade nesta obrigação, tendo em vista a legitimidade concorrente e disjuntiva das outras entidades legitimadas para tal propositura, sendo interessante relembrar a obrigatoriedade da sua participação, de modo que caso não proponha a ação, deverá participar do processo na condição de fiscal da lei.

Outro ponto importante a mencionar consiste na supremacia de ações coletivas propostas pelo Ministério Público em relação aos outros legitimados, a despeito do disposto

²³⁹ FILARDI, op. cit., p. 40, menciona: “Saliente-se ainda, que a participação do Ministério Público na Ação Civil Pública é obrigatória mesmo quando não figura como demandante, já que existe expressa previsão legal lhe atribuindo o papel de fiscal da lei nestas demandas. Tal disposição tem por objeto impedir a utilização do processo coletivo como forma de obtenção de vantagem ilícita ou de pressionamento do demandado através da propositura de demandas temerárias, zelando sempre pelos princípios da efetividade da tutela jurisdicional e da igualdade de condições entre os litigantes”.

²⁴⁰ O § 1º do art. 5º da Lei 7.347/85 assim dispõe: “O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei”. Outrossim, o art. 92 do Código de Defesa do Consumidor reza: “O Ministério Público, se não ajuizar a ação, atuará sempre como fiscal da lei”.

²⁴¹ FIGUEIREDO, op. cit., p. 44.

no § 1º do artigo 129 da Constituição, segundo o qual a legitimação conferida ao *parquet* para a propositura das ações civis não impede a de terceiros para as mesmas hipóteses²⁴², oportunidade não evidenciada na prática, tendo em vista que as pessoas jurídicas e demais entidades legitimadas acabam oferecendo denúncias ao Ministério Público para este ajuizar as suas respectivas demandas, em vez de utilizarem a legitimação que lhes foi outorgada por lei.

Como forma de estimular os grupos sociais, entidades legitimadas a propor as ações coletivas, a própria legislação protetora dos direitos metaindividuais tratou de estabelecer, nos artigos 18²⁴³ e 87²⁴⁴ da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, respectivamente, isenção de custas, emolumentos, honorários periciais e condenação para as associações autoras, visando ao fomento do associativismo e o exercício da cidadania.

No entanto, a atuação desses entes não tem correspondido às expectativas do legislador, principalmente em relação à propositura de Ações Civis Públicas, as quais em sua maioria são ajuizadas pelo Ministério Público²⁴⁵.

Talvez a explicação para a concentração da propositura das ações coletivas no Ministério Público esteja ligada a aspectos sócio-econômicos, frutos de uma concepção paternalista acerca do Estado, onde o cidadão, acomodado, não deseja associar-se, e as associações existentes não dispõem de recursos para contratar advogados especializados nas matérias muitas vezes complexas que envolvem as ações coletivas.

Outro fator que pode ter favorecido à concentração de demandas por parte do Ministério Público é a própria lei, que em vários dispositivos estimula a provocação do *parquet* para a propositura das ações coletivas, como ocorre, por exemplo, na Lei 7.347/85 - Ação Civil Pública, cujos artigos 6º, 7º e 8º determinam a provocação do referido órgão por parte de qualquer pessoa ou de servidor público, o envio de peças ao Ministério Público pelos

²⁴² MANCUSO, op. cit., 2000, p. 226, esclarece que “Esse apelo ao pluralismo, feito pelo constituinte e perfilhado pelo legislador ordinário, todavia, acabou por ficar aquém da expectativa, bastando considerar a eloquência dos números que apontam para uma notória prevalência do Ministério Público como portador de interesses metaindividuais em Juízo”.

²⁴³ “Nas ações de que trata esta Lei, não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação de associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogado, custas e despesas processuais”.

²⁴⁴ “Nas ações coletivas de que trata este Código não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação de associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais”.

²⁴⁵ LENZA, op. cit., p. 190, ressalta: “Observa-se, também, na prática, o hábito indesejável de diversos legitimados limitarem-se a apresentar denúncias perante o Ministério Público, deixando de cumprir a vontade do legislador que, por meio da abertura dos esquemas clássicos de legitimação, buscou cumprir um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CF/88), implementando a democracia participativa (participação popular na administração da justiça) e o escopo político do processo”.

juízes e tribunais e a instauração de inquérito civil, atribuição somente conferida ao Ministério Público, com exclusão dos demais co-legitimados²⁴⁶.

Sem dúvidas, tais disposições legais influenciam a atitude das pessoas, dos grupos sociais, que preferem o procedimento mais prático, de apenas denunciar ao Ministério Público, em vez de assumir a responsabilidade sobre a propositura da ação.

Falta à sociedade a consciência sobre o seu papel enquanto titular de direitos metaindividuais, sobretudo enquanto principal legitimada para a defesa desses interesses que, por extrapolarem a esfera do indivíduo requerem a organização da sociedade civil e o exercício da cidadania.

3.4 Legitimação das associações e dos sindicatos

As associações civis integram o rol dos legitimados para a propositura das ações coletivas, na defesa dos interesses metaindividuais, e podem ser definidas como “entidades privadas sem fins lucrativos, dedicadas à defesa desinteressada de direitos e interesses que, no caso, transcendem a esfera individual de seus membros e associados”²⁴⁷.

Desempenham um relevante papel na tutela coletiva, pois são fruto dos anseios e necessidades da sociedade, já que criadas espontaneamente pelos cidadãos sem qualquer vinculação com Estado, além de permitir uma participação maior de indivíduos na luta pela judicialização dos direitos transindividuais, dispondo, em alguns casos, de melhores condições para obter a satisfação judicial dos seus interesses, do que o indivíduo, isoladamente considerado²⁴⁸.

A Constituição Federal brasileira ao dispor sobre a legitimidade das associações para a tutela coletiva ora menciona o instituto da legitimação ora o da representação, levando o intérprete a questionar qual o instituto processual a ser utilizado pelas associações para a defesa dos interesses difusos e coletivos dos associados.

²⁴⁶ LENZA, op. cit., p. 191, destaca acerca do inquérito civil, previsto na Ação Civil Pública, faculdade exclusiva para o Ministério Público: “Na prática, observa-se, outrossim, que a petição inicial proposta pelo Ministério Público, acompanhada dos fatos e conclusões fixados no inquérito civil, na maioria dos casos, coloca o Ministério Público até em posição de vantagem perante os outros legitimados”.

²⁴⁷ MIRRA, op. cit., p. 118.

²⁴⁸ Idem, ibidem, o autor ressalta que “Nesse contexto, tomando por base apenas os legitimados privados, a legitimação das associações civis apresenta-se, em certo sentido, como mais adequada do que a atribuída aos indivíduos e cidadãos para a tutela em juízo dos direitos e interesses difusos, diante da reconhecida dificuldade de conseguir a mobilização das pessoas para, isoladamente, fazerem valer tais direitos perante a Justiça”.

No artigo 5º, XXI, a Constituição atribui a representação às associações, quando determina: “as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para **representar** seus filiados judicial ou extrajudicialmente”²⁴⁹ (grifo nosso). Já o artigo 5º, LXX, ao tratar da propositura do mandado de segurança coletivo, expressa nitidamente a legitimidade dos sindicatos, entidades de classe e associações, ao dispor que o referido instrumento pode ser impetrado por: “organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em **defesa dos interesses de seus membros ou associados**”²⁵⁰ (grifo nosso).

O artigo 8º, III, também da nossa Carta Magna, ao tratar das entidades sindicais, atribuiu-lhe legitimidade para a defesa e não para a representação, designando: “ao sindicato cabe a **defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria**, inclusive em questões judiciais ou administrativas”²⁵¹ (grifo nosso).

Sendo assim, observa-se um lapso do legislador ao mencionar no inciso XXI do artigo 5º acima transcrito o instituto da representação, pois consoante já ressaltado no início deste capítulo, a representação é o instituto processual que mais se aproxima da substituição, mas com ela não deve ser confundida, pois enquanto o substituto é parte no processo, embora em defesa de direito alheio, o representante não é parte e não age em nome próprio, mas em nome do representado²⁵².

Além do mais, caso se tratasse do fenômeno representação quem deveria figurar na relação processual agindo em juízo seriam os associados, por meio de representante, o que não é o caso, haja vista o substituto processual atuar sozinho, em seu próprio nome, sem a referência aos titulares do direito material discutido.

As Leis 7.347/85 e 8.078/90 atribuíram de forma expressa a legitimidade ativa das associações para a tutela dos interesses difusos e coletivos, estabelecendo, todavia, requisitos para a sua configuração, quais sejam, constituição legal e pelo período mínimo de um ano, finalidade institucional definida em estatuto relativa à proteção aos direitos difusos e coletivos.

Todavia, vale lembrar que o requisito da pré-constituição poderá ser dispensado pelo juiz, consoante o § 4º do artigo 5º da Lei 7.347/85 e o § 1º do artigo 82 da Lei 8.078/90, “quando haja manifesto interesse social evidenciado pela dimensão ou característica do dano,

²⁴⁹ BRASIL, Constituição Federal de 1988, op. cit., p. 08.

²⁵⁰ Idem, p. 10.

²⁵¹ BRASIL, Constituição Federal de 1988, op. cit., p. 12.

²⁵² MENDES, op. cit., 2002, p. 250, ressalta o equívoco cometido pelo legislador, ao citar: “O constituinte utilizou-se de duas expressões – legitimidade e representar – designativas de institutos jurídicos diversos, ensejando, assim, principalmente junto ao Supremo Tribunal Federal, certa dificuldade de interpretação”.

ou pela relevância do bem jurídico a ser protegido”. Salvo tal exceção, com a cominação dos três requisitos apontados acima a associação está legitimada a defender em juízo os interesses da coletividade.²⁵³

Quanto aos sindicatos, considerando que após a Constituição de 1988 eles tomaram feição de associação civil, haja vista terem saído da tutela do Governo, devem preencher os mesmos requisitos dispostos acima para as associações, quais sejam, pré-constituição mínima de um ano e previsão estatutária acerca da tutela coletiva, a fim de ingressarem em juízo na defesa dos interesses difusos e coletivos.

É importante reiterar, o que já foi mencionado quando se tratou da legitimação do Ministério Público, acerca da tímida atuação das associações e sindicatos na propositura das ações coletivas, com a conseqüente concentração de demandas naquele órgão, em virtude da acomodação da sociedade que prefere provocar o *parquet* e cobrar-lhe a atuação a desempenhar o seu papel de demandante nas ações coletivas²⁵⁴.

Na verdade, como se trata de uma questão de educação sobre seus direitos, suas atribuições e o seu papel na sociedade, as associações e sindicatos deveriam ser orientados para a tutela dos interesses metaindividuais, via centros de apoio do Ministério Público ou da Defensoria Pública, no caso daquelas entidades carentes, a fim de se sentirem seguras e estimuladas a demandar²⁵⁵.

3.5 Legitimação da Defensoria Pública

A legitimação da Defensoria Pública para a defesa dos interesses metaindividuais foi atribuída desde a sua criação, pela Lei Complementar nº 80/94, cuja redação inseriu dentre as

²⁵³ MIRRA, op. cit., salienta: “Ressalte-se que, nos termos da lei, tais requisitos, além de necessários, são suficientes para a caracterização da representatividade adequada da associação civil. Presentes os três requisitos, a associação, no sistema brasileiro, passa automaticamente a ser considerada como entidade representativa dos interesses da sociedade na proteção do direito difuso visado, tendo a partir daí reconhecida a sua legitimidade para agir em juízo por intermédio da demanda coletiva”.

²⁵⁴ FERRARESI, Eurico. A Pessoa Física como Legitimada Ativa à Ação Coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves Castro; Watanabe, Kazuo. (Coord.). **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 139, ressalta: “As associações, mesmo que tenham corpo jurídico, estejam constituídas há mais de um ano e, enfim, preencham todos os requisitos para se tornarem legitimadas à propositura de demandas coletivas, limitam-se a representar ao Ministério Público, cobrando sua atuação”.

²⁵⁵ Idem, ibidem, o autor esclarece: “Evidente que não se está a dizer que o Ministério Público deva abandonar a autoria de ações coletivas. Nem poderia, por força dos expressos mandamentos constitucionais (art. 127 ess. da CF). Urge, porém, que haja uma visão institucional no sentido de orientar a população, de maneira geral, por meio de suas associações e demais entidades civis, a assumir o papel de demandante em ações coletivas”.

suas funções institucionais a defesa da criança e do adolescente e o patrocínio dos direitos e interesses do consumidor lesado²⁵⁶.

Ora, quando o legislador cita a criança e o adolescente, bem como o consumidor lesado, vislumbramos a possibilidade de surgirem interesses de ordem coletiva, difusa ou individual homogênea, já que um mesmo fato e uma mesma relação jurídica podem ensejar o aparecimento de interesses das três categorias²⁵⁷, pois “o tipo de pretensão de direito material, aliado à espécie de pedido e de ação judicial, é que classifica um direito ou interesse como difuso, coletivo ou individual”²⁵⁸.

Da ocorrência de um mesmo fato, podem originar-se pretensões difusas, coletivas e individuais. O acidente com o ‘Bateau Mouche IV’, que teve lugar no Rio de Janeiro em 1988, pode ensejar ação de indenização individual por uma das vítimas do evento pelos prejuízos que sofreu (direito individual), ação de obrigação de fazer movida por associação das empresas de turismo que têm interesse na manutenção da boa imagem desse setor da economia (direito coletivo), bem como ação ajuizada pelo Ministério Público, em favor da vida e segurança das pessoas, para que seja interdita a embarcação a fim de se evitarem novos acidentes (direito difuso)²⁵⁹.

Sendo assim, embora a Lei Complementar Federal não mencione literalmente a proteção aos interesses difusos, como o fez a Lei Complementar do Estado de Pernambuco, em seu artigo 4º, I, percebemos que tal proteção está implícita nas funções institucionais da Defensoria Pública.

Outrossim, em estrita obediência ao dispositivo constitucional²⁶⁰, cabe à Defensoria Pública a orientação e a defesa dos necessitados, não podendo haver na lei nenhuma restrição à natureza do direito ou interesse dos destinatários destes serviços, se coletivo, individual ou difuso, sob pena de infração ao artigo 5º, XXXV da Carta Magna, consoante o qual a Lei não poderá excluir da apreciação judicial qualquer lesão ou ameaça a direito, repita-se, seja este coletivo, individual ou difuso.

Portanto, se não é dada à Lei a faculdade de excluir proteção judicial a qualquer tipo de direito, incluindo-se aqui, obviamente, os direitos dos necessitados, e, se em caso de lesão a interesses difusos, certamente, existem titulares necessitados, posto que tais interesses pertencem a toda a sociedade ou até mesmo a toda a humanidade, e os necessitados

²⁵⁶ “Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: (...); VII – exercer a defesa da criança e do adolescente; (...); patrocinar os direitos e interesses do consumidor lesado;”

²⁵⁷ Verificar subitem 2.4, nas páginas 54 e 56, onde discorreremos sobre esta possibilidade.

²⁵⁸ NERY JUNIOR, Nelson. A Defesa do Consumidor no Brasil. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, v. 5, n. 18, p. 218-298, abr./jun. 2004, p. 265.

²⁵⁹ Idem, *ibidem*.

²⁶⁰ Artigo 134 da Constituição Federal de 1988.

representam a maioria da população no nosso país, não há como excluir a defesa desses interesses da atuação da Defensoria Pública, sob pena de cerceamento do direito à assistência jurídica prevista no artigo 5º, LXXIV²⁶¹ da nossa Constituição Federal²⁶².

Merece destaque também a previsão contida no artigo 82, III do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual são legitimadas para a defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, além dos outros legitimados determinados no mesmo artigo, “as entidades da administração pública, direta ou indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos por este Código”, previsão que inclui a possibilidade da defesa dos interesses metaindividuais pela Defensoria Pública, já que a mesma é um órgão essencial à função jurisdicional do Estado, segundo o artigo 134 da Carta Magna, cuja função mencionada acima abrange a tutela desses interesses.

Corroborando o presente entendimento, observa-se acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, cuja decisão reformou sentença de primeira instância que havia julgado a ilegitimidade da Defensoria Pública para agir na condição de substituto processual de consumidores de energia elétrica:

Apelação Cível nº 70014404784 ERECHIM

Quarta Câmara Cível

Apelante: Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul

Apelada: Rio Grande Energia S.A.

Relator: Des. Araken de Assis

Data do Julgamento: 12/04/2006

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INTERESSE COLETIVO DOS CONSUMIDORES. LEGITIMIDADE ATIVA DA DEFENSORIA PÚBLICA.

1. **A Defensoria Pública tem legitimidade, a teor do art. 82, III, da Lei 8.078/90 (Cód. de Defesa do Consumidor), para propor ação coletiva visando à defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos dos consumidores necessitados.** A disposição legal não exige que o órgão da Administração Pública tenha atribuição exclusiva para promover a defesa do consumidor, mas específica, e o art. 4º, XI, da LC 80/94, bem como o art. 3º, parágrafo único, da LC 11.795/02-RS, estabelecem como dever institucional da Defensoria Pública a defesa dos consumidores.

2. APELAÇÃO PROVIDA.²⁶³ (grifos nossos)

²⁶¹ “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

²⁶² QUEIROZ, Cláudia Carvalho. **A Legitimidade da Defensoria Pública para Propositura da Ação Civil Pública.** Disponível na Internet. [Http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7566](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7566). Acesso em: 26 de mai. 2008, p. 03, ressalta que “De fato, a necessidade de se criar uma justiça acessível aos carentes de condições financeiras representa a própria manifestação do desafio da inclusão, vez que, se o Poder Público não conseguir solucionar os problemas da marginalização e da exclusão social, a democracia não atingirá o seu ápice e a justiça continuará a ser um privilégio de poucos, e não um direito de todos”.

Além dos dispositivos legais supracitados, grande passo foi dado no sentido de reconhecer a legitimidade da Defensoria Pública para a tutela dos interesses metaindividuais, com a sua inclusão no rol dos legitimados para a propositura da Ação Civil Pública, inovação trazida pela Lei 11.448 de 15 de Janeiro de 2007 que alterou o artigo 5º da Lei 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública, passando o mesmo a vigorar com a seguinte redação:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar:

I – o Ministério Público;

II – a Defensoria Pública;

III – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

IV – a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista;

V – a associação que concomitantemente:

a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil;

b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.²⁶⁴ (grifo nosso)

Nota-se, pois, que a inserção da Defensoria Pública no rol dos legitimados para a propositura da Ação Civil Pública representa a formalização de um reconhecimento já conferido aos núcleos de defesa do consumidor, integrantes daquele órgão, responsáveis pela defesa de interesses difusos e coletivos, para os quais o Superior Tribunal de Justiça já vinha confirmando a legitimidade, conforme observamos no Acórdão abaixo, proferido em 2006, ou seja, antes da edição da Lei 11.448/07:

Processo: RESP 555111/RJ

RECURSO ESPECIAL: 2003/0116360-9

Relator(a): Ministro Castro Filho (1119)

Órgãos Julgador: T3 TERCEIRA TURMA

Data do Julgamento: 05/09/2006

Data da Publicação/Fonte: DJ 18.12.2006 p. 363

EMENTA: PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO NO JULGADO. INEXISTÊNCIA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DEFESA COLETIVA DOS CONSUMIDORES. CONTRATOS DE ARRENDAMENTO MERCANTIL ATRELADOS A MOEDA ESTRANGEIRA. MAXIDESVALORIZAÇÃO DO REAL FRENTE AO DÓLAR NORTE-AMERICANO. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGENEOS. LEGITIMIDADE ATIVA DO ÓRGÃO

²⁶³ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Processual Civil. Ação Civil Pública. Interesse Coletivo dos Consumidores. Legitimidade ativa da Defensoria Pública. Relator: Des. Araken de Assis. 12 de abr. 2006. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 26 de mai. 2008.

²⁶⁴ BRASIL, Lei nº 11.448, de 15 de Janeiro de 2007. Altera o art. 5º da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública, legitimando para sua propositura a Defensoria Pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11448.htm>. Acesso em: 09 de mai. 2008.

ESPECIALIZADO VINCULADO À DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO.

I – O NUDECON, órgão especializado, vinculado à Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, tem legitimidade ativa para propor ação civil pública objetivando a defesa dos interesses da coletividade de consumidores que assumiram contratos de arrendamento mercantil, para aquisição de veículos automotores, com cláusula de indexação monetária atrelada à variação cambial.

II – No que se refere à defesa dos interesses do consumidor por meio de ações coletivas, a intenção do legislador pátrio foi ampliar o campo da legitimação ativa, conforme se depreende do artigo 82 e incisos do CDC, bem assim do artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, ao dispor, expressamente, que incumbe ao “Estado promover, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

III – Reconhecida a relevância social, ainda que se trate de direitos essencialmente individuais, vislumbra-se o interesse da sociedade na solução coletiva do litígio, seja como forma de atender à políticas judiciárias no sentido de se propiciar a defesa plena do consumidor, com a conseqüente facilitação ao acesso à Justiça, seja para garantir a segurança jurídica em tema de extrema relevância, evitando-se a existência de decisões conflitantes.

Recurso Especial Provido.²⁶⁵ (grifos nossos)

Interessante notar que o autor da ação civil pública, objeto do julgamento acima, foi o NUDECON, órgão da Defensoria Pública, despersonalizado, especificamente criado para a defesa dos interesses dos consumidores lesados, que em nome próprio defendeu interesses de outrem, numa verdadeira substituição processual, conferida pelo artigo 82, III, do Código de Defesa do Consumidor, mas nada impediria que a própria Defensoria Pública propusesse a ação, especialmente nos casos e localidades onde a mesma não dispõe de núcleos específicos de atendimento²⁶⁶.

Cumpra esclarecer algumas situações onde a Defensoria Pública atua na defesa dos interesses metaindividuais na condição de representante judicial e não de substituto, como evidenciamos há pouco.

²⁶⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Processo Civil. Embargos de Declaração. Omissão no Julgado. Inexistência. Ação Civil Pública. Defesa Coletiva dos Consumidores. Contratos de Arrendamento Mercantil atrelados a moeda estrangeira. Maxidesvalorização do real frente ao dólar norte-americano. Interesses individuais homogêneos. Legitimidade ativa do órgão especializado vinculado à Defensoria Pública do Estado. Relator: Ministro Castro Filho. 05 de set. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=legitimidade+da+defensoria+publica&&b=ACOR&p=true&t=&I=10&i=11>>. Acesso em: 26 de mai. 2008.

²⁶⁶ QUEIROZ, op. cit., p. 05, lembra que “A bem da verdade, em tema de interesses metaindividuais, o critério legitimante não decorre da titularidade do direito material requestado, mas sim da idoneidade do seu portador, razão pela qual a Lei Consumista, acertadamente, outorgou legitimidade ativa para a propositura de ações civis públicas a entidades ou órgãos da administração pública direta ou indireta, ainda que detentores de mera personalidade judiciária. Assim sendo, nada obsta que a Defensoria Pública, órgão público essencial ao exercício da função jurisdicional, proponha ações civis públicas para defesa de interesses metaindividuais, sobretudo por se tratar de instituição imbuída da função estatal de prestar assistência jurídica integral e gratuita a todos aqueles, individual ou coletivamente considerados, disponham e parcus recursos financeiros”.

Trata-se dos casos onde o legitimado para propor a ação coletiva não dispõe de recursos para a contratação de um advogado, nem detém o conhecimento técnico suficiente para a defesa em juízo, recorrendo aos préstimos da Defensoria para que esta em nome daquela entidade necessitada proponha a devida ação coletiva. Consiste, pois, na atividade precípua da Defensoria Pública, e acerca desta não restam dúvidas, nem controvérsias²⁶⁷.

Na verdade, a grande discussão doutrinária e jurisprudencial se dá em torno da legitimidade extraordinária conferida à Defensoria Pública quando da sua inserção como legitimada para a Ação Civil Pública, fato que suscitou a propositura pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI contra o inciso II do artigo 5º da Lei 7.347/85, com redação dada pela Lei 11.448/07, por contrariar, segundo argumenta a autora, o disposto no art. 5º, LXXIV, e art. 134, caput, da Constituição Federal.

A ADI nº 3943, ainda pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal até a presente data, foi proposta pela CONAMP sob os seguintes fundamentos:

Ora, a norma impugnada, ao conferir legitimidade à Defensoria Pública para propor, sem restrições, ação civil pública, **afeta diretamente a atribuição do Ministério Público**, pois ele é, entre outros, o legitimado para tal propositura. **A inclusão da Defensoria Pública no rol dos legitimados impede, pois, o Ministério Público de exercer, plenamente, as suas atividades**, pois concede à Defensoria Pública atribuição não permitida pelo ordenamento constitucional, e mais, contrariando os requisitos necessários para a ação civil pública, cuja titularidade pertence ao Ministério Público, consoante disposição constitucional.²⁶⁸ (grifos nossos)

Infundada é a assertiva acima, e, portanto, insustentável se mostra a ADI nº 3943, ao afirmar que a legitimidade conferida à Defensoria Pública “afeta diretamente a atribuição do Ministério Público”, tendo em vista que não é função privativa do *parquet* a propositura da ação civil pública, em razão de expressa determinação constitucional disposta no § 1º do artigo 129, segundo o qual, “a legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas

²⁶⁷ ZANETI JUNIOR, op. cit., 2007, p. 394, o autor exemplifica esta situação da seguinte forma: “Por exemplo, quando a associação de moradores procura a defensoria pública para o ajuizamento de uma ação com a finalidade de coibir um dano ambiental, o art. 5º da Lei 7.347/85 autoriza a impetração pela associação. Nessa situação o Defensor Público atuaria apenas como representante judicial, quer dizer, a parte autora é a associação, legalmente constituída há mais de um ano, que, por ser hipossuficiente economicamente, enseja a representação pela Defensoria. A petição inicial terá a associação de moradores como representada em juízo pelo Defensor Público subscritor da peça”.

²⁶⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, visando à declaração da inconstitucionalidade do inciso II do art. 5º da Lei 7.347/85, com redação dada pela Lei 11.448/07, por contrariar o disposto no art. 5º, LXXIV, e art. 134, caput, da Constituição Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>>. Acesso em: 26 de mai. 2008, p. 04.

neste artigo não impede a de terceiros”, bem como em razão da própria Lei Federal nº 7.347/85 que atribuiu legitimidade extraordinária a outros entes, de forma concorrente e disjuntiva.

Outrossim, quando a CONAMP assevera que a inclusão da Defensoria Pública entre os legitimados “impede o Ministério Público de exercer, plenamente, as suas atividades”, denota uma incongruência com a própria Lei 7.347/85, já que independentemente da inclusão da Defensoria, há outros legitimados para a propositura da ação civil pública, cuja atuação, então, estaria também a impedir a atribuição do *parquet*, um verdadeiro absurdo, considerando-se, inclusive, o fato de o Ministério Público atuar como fiscal da lei, nos casos da ação ser proposta por outro legitimado, consoante o § 1º do artigo 5º da Lei 7.347/85²⁶⁹.

Alega ainda a CONAMP que a Lei 11.448/07 conferiu legitimidade não permitida pelo ordenamento constitucional, sendo tal afirmação insensata, pois, ao contrário, a inclusão da Defensoria no rol de legitimados para a ação civil pública representa a extensão do acesso à justiça às comunidades carentes, aos inúmeros necessitados titulares de direitos difusos, em estrita obediência aos artigos 5º, LXXIV e 134 da Constituição Federal.

Outro ponto evidenciado na ADI 3943 nos chama a atenção:

(...) a Defensoria Pública pode, somente, atender aos necessitados que **comprovarem, individualmente, carência financeira**.

Portanto, aqueles que são atendidos pela Defensoria Pública devem ser, pelo menos, individualizáveis, identificáveis, para que se saiba, realmente, que a pessoa atendida pela Instituição não possui recursos suficientes para o ingresso em Juízo.

Por isso **não há possibilidade alguma de a Defensoria Pública atuar na defesa de interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, como possuidora de legitimação extraordinária**.²⁷⁰

Ao analisar os conceitos de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, ao longo deste trabalho, pôde-se observar que a única categoria de interesses cujos titulares são insuscetíveis de determinação é a dos interesses difusos, tendo em vista não pertencerem a uma pessoa isolada ou a um grupo determinado, pois o bem jurídico tutelado é indivisível.

Diferentemente, os interesses coletivos se organizam em grupos estruturados, nos quais é possível a determinação dos seus portadores, vinculados juridicamente por uma situação comum²⁷¹. Já os individuais homogêneos²⁷² possuem titular determinado e podem ser

²⁶⁹ “O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei”.

²⁷⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal, ADI 3943, op. cit., p. 05.

²⁷¹ Verificar subitem 2.4, páginas 54-56.

²⁷² Conforme expusemos no subitem 2.6, páginas 59-65.

lesados e satisfeitos de maneira individualizada, podendo ainda a sua tutela jurisdicional ser realizada de modo coletivo ou individual. De modo coletivo, seria por meio da substituição processual e de modo individual, via representação.

A CONAMP afirma ser impossível a defesa dos interesses metaindividuais pela Defensoria Pública, face à impossibilidade de se comprovar a carência financeira dos atendidos, via substituição processual. Tal afirmação é totalmente refutável, pois, em primeiro lugar, os titulares de interesses coletivos e individuais homogêneos são perfeitamente identificáveis, assim como também a sua carência financeira, de modo que, para esses, a Defensoria tanto pode atuar como substituto processual, consoante o disposto no artigo 82, III, do Código de Defesa do Consumidor, acima explicitado, quanto na condição de representante processual, no exercício da sua função precípua de patrona das ações cíveis.

Em segundo lugar, quanto aos interesses difusos, reconhece-se a impossibilidade de se comprovar individualmente a carência financeira de todos os seus titulares. Entretanto, urge salientar que tal condição será aferida mediante a notoriedade das condições fáticas do caso, ou seja, diante de um fato danoso ao interesse difuso da sociedade, o Defensor Público averiguará se entre os atingidos pelo dano é notória a existência de pessoas carentes, necessitadas, caso em que o mesmo deverá propor a devida ação coletiva, na condição de substituto processual.

Isto porque, embora o interesse difuso pertença inevitavelmente a pessoas necessitadas e abastadas, já que atinge toda a sociedade, não se pode preterir o direito dos pobres de acionar o Judiciário para a defesa dos seus direitos, por meio da Defensoria Pública, pelo fato de não poderem ser identificados ou de não ser possível obter expressamente a sua declaração de pobreza nos autos.

A própria Lei da Assistência Judiciária – Lei nº 1.060/50, ao definir o necessitado como “todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”²⁷³, estabelece como única condição para a concessão do benefício a “simples afirmação na própria petição inicial”²⁷⁴, de que preenche aquelas condições acima descritas, nos levando a tecer as seguintes elucidaciones:

- 1ª) Necessitado não é apenas o pobre, pois o indivíduo da classe média ou mesmo alta, cuja situação econômica atual não lhe permita custear as despesas processuais sem

²⁷³ Parágrafo único do art. 2º da Lei 1.060/50.

²⁷⁴ Art. 4º da Lei 1.060/50, cuja redação dispõe: “A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família”.

prejuízo do sustento próprio e da sua família, terá direito aos benefícios da assistência judiciária e ao Defensor Público, por ser considerado necessitado perante a lei;

2ª) A Lei presume como necessitado aquele que simplesmente afirma a sua condição nos autos, presunção válida até prova em contrário. Diante de situações onde é notória a condição de carência financeira das pessoas, fato notório, portanto, a condição de necessitado independe de qualquer afirmação nos autos, já que os fatos notórios são insuscetíveis de prova, conforme o artigo 334 do Código de Processo Civil²⁷⁵.

A ADI 3943 teve como fundamentos doutrinários pareceres de vários membros do Ministério Público, dentre os quais destaca-se o do Promotor Emerson Garcia, mencionado na ação, o qual após a citação dos conceitos contidos no artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, sustenta:

Essa breve referência aos conceitos incorporados à legislação infraconstitucional permite concluir que **é absolutamente injurídica a defesa de interesses difusos pela Defensoria Pública**. A razão de ser é simples: como a Instituição somente pode defender os necessitados e os interesses difusos são caracterizados pela indeterminação dos titulares do direito (v.g.: direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado), a conclusão não pode ser outra senão a negativa. A tutela dos interesses difusos, aliás, foi expressamente outorgada ao Ministério Público pelo texto constitucional (art. 129, III). Conquanto seja exato que tal legitimidade não é exclusiva, sua outorga a outras instituições exige a estrita observância do disposto na ‘Constituição e na lei’. A lei, à evidência, deve estar em harmonia com a Constituição.²⁷⁶ (grifo nosso)

Aproveitando o exemplo dado na assertiva acima, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, difuso por excelência, em face da sua indivisibilidade e impossibilidade de apropriação individual, posto que pertence a toda a humanidade, envolvendo, pois, ricos e pobres, diante de um ato danoso ao meio ambiente cometido por uma grande indústria, por exemplo, onde toda a população é vítima, sendo notória a condição de carência financeira de parte da população atingida, estaria a Defensoria Pública impedida de defender o direito desses necessitados, titulares do interesse difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, simplesmente pelo fato de tal interesse pertencer também a outras camadas abastadas da população, também beneficiadas pelo resultado da ação

²⁷⁵ “Não dependem de prova, os fatos: I – notórios”

²⁷⁶ GARCIA, Emerson. **A Legitimação da Defensoria Pública para o Ajuizamento da Ação Civil Pública: Delimitação de sua amplitude.** Disponível em: <<http://www.acmp.org.br/upload/noticiasarquivos/parecer02.doc>>. Acesso em: 26 de mai. 2008.

proposta? A quem caberia, pois, a defesa desses necessitados, se a Constituição Federal atribuiu tal função essencial ao Defensor Público?

No mais, ainda que fosse possível precisar a condição de necessitado no início da ação coletiva, não se poderia precisar tal condição quanto aos beneficiados pelo provimento final, haja vista o efeito *erga omnes* da sentença nas ações coletivas que versam sobre interesses difusos.

Num primeiro momento, afirmamos sem receio, que não é possível antecipar, em sede de tutela coletiva, a qualidade sócio-econômica dos beneficiados pelo provimento (pobres, ricos, etc). Vejamos, um exemplo: A Defensoria decide ajuizar ação civil pública contra diversas instituições financeiras para que adêquem seus contratos de financiamento aos padrões estipulados no Código de Defesa do Consumidor. Óbvio que, num primeiro momento, a instituição estaria protegendo o interesse de seus assistidos (em estrita observância da atribuição descrita no art. 134, caput, da CR/88), pessoas pobres que sofrem com a súbita expansão de seu débito, bastando curto prazo em situação de mora. Porém, ao analisarmos quem seriam os beneficiados, efetivamente, com uma decisão judicial favorável, veremos que o leque se abre. Ou seja, o acolhimento da pretensão inicial traria vantagem para pobres, ricos e membros da classe média brasileira, indistintamente. A conclusão é óbvia, já que quase todos (independentemente da situação sócio-econômica) contratam com instituições financeiras, sujeitando-se aos mesmos ônus. A diferença é que a pessoa carente dificilmente consegue superar o problema e, na maioria das vezes, tem que recorrer ao Judiciário para rever as condições contratuais.²⁷⁷

Percebe-se, portanto, que o entendimento sobre a impossibilidade de a Defensoria atuar na defesa de interesses difusos, em razão de estar atendendo não apenas os necessitados, inviabiliza totalmente a ação daquele órgão, frustrando a disposição contida no artigo 134 da Constituição Federal.

A inserção da Defensoria Pública no rol de legitimados para a propositura da Ação Civil Pública demonstrou a preocupação do legislador em tutelar de maneira massificada o interesse dos necessitados, o qual não pode ser relegado em face do possível beneficiamento que a sentença favorável possa causar às pessoas de níveis sócio-econômicos mais elevados, sob pena de impedir o acesso coletivo à justiça²⁷⁸.

²⁷⁷ VARGAS, Cirilo Augusto. **A Defensoria Pública e o Problema da “Pertinência Temática”**. Jan. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10875>>. Acesso em: 26 de mai. 2008.

²⁷⁸ VARGAS, Cirilo Augusto. **ADI 3.943: atentado contra a democracia**. Set. 2007. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10490>>. Acesso em: 26 de mai. 2008, ao tratar da restrição imposta à Defensoria Pública na defesa dos interesses difusos, adverte: “E mais: a restrição traria prejuízo para o próprio Poder Judiciário, que seria forçado a criar mecanismos administrativos destinados a conter a enxurrada de ações individuais ajuizadas para resolver o problema. Como é sabido que soluções deste tipo demoram a ser implementadas no Brasil (pois exigem vultosos investimentos com recursos públicos), o ônus recairia sobre os

Vale ressaltar que a jurisprudência vem firmando posicionamento favorável à legitimidade ativa da Defensoria Pública para a propositura de Ação Civil Pública, consoante o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o qual entende cabível a legitimidade sempre que estiver em discussão direitos de relevância social:

Agravo nº 1.0153.07.066154-8/001- Comarca de Cataguases
 Agravante: Centro Educacional Cecília Meirelles Ltda
 Agravado: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais
 Relator: Des. Edilson Fernandes
 Data do Julgamento: 30/10/2007
 EMENTA: AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DEFENSORIA PÚBLICA LEGITIMIDADE ATIVA – INTERDIÇÃO DE ESTABELECIMENTO DE ENSINO – TUTELA ANTECIPADA – PROVA INEQUÍVOCA – AUSÊNCIA. **A Defensoria Pública Estadual tem legitimidade ativa para ajuizar Ação Civil Pública destinada à proteção de interesses coletivos ou difusos, ou, ainda que se trate de direitos essencialmente individuais, quando reconhecida a relevância social do direito discutido em juízo.** A concessão de tutela antecipada só tem cabimento em casos em que a apuração imediata do direito não dependa de produção de provas, o que não é o caso.²⁷⁹ (grifos nossos)

O Superior Tribunal de Justiça também vem se posicionando favorável à legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações coletivas que versem sobre interesses difusos e coletivos, consoante o acórdão abaixo transcrito:

Processo: RESP 912849/RS
 RECURSO ESPECIAL: 2006/0279457-5
 Relator(a): Ministro José Delgado (1105)
 Órgão Julgador: T1 – PRIMEIRA TURMA
 Data do Julgamento: 26/02/2008
 Data da Publicação/Fonte: DJ 28.04.2008 p.1
 EMENTA. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO COLETIVA. DEFENSORIA PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA. ART. 5º, II, DA LEI Nº 7.347/1985 (REDAÇÃO DA LEI Nº 11.448/2007). PRECEDENTE.
 1. Recursos Especiais contra acórdão que entendeu pela legitimidade ativa da Defensoria Pública para propor ação civil coletiva de interesse coletivo dos consumidores.
 2. **Esta Superior Tribunal de Justiça vem-se posicionando no sentido de que, nos termos do art. 5º, II, da Lei nº 7.347/85 (com a redação dada pela Lei 11.448/07), a Defensoria Pública tem legitimidade para propor**

Magistrados e sobre a população carente. A insatisfação com o Judiciário aumentaria dia após dia e a celeuma não teria fim”.

²⁷⁹ BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ação Civil Pública - Defensoria Pública Legitimidade Ativa – Interdição de Estabelecimento de Ensino – Tutela Antecipada – Prova Inequívoca – Ausência. Relator: Des. Edilson Fernandes. 30 de out. 2007. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0153&ano=7&txt_processo=66154&complemento=001&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=>>. Acesso em: 26 de mai. 2008.

a ação principal e a ação cautelar em ações civis coletivas que buscam auferir responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.

3. Recursos especiais não-providos.²⁸⁰ (grifos nossos)

Resta clara, portanto, a legitimidade da Defensoria Pública para a defesa dos interesses de natureza difusa, tendo a Lei nº 11.448/07 contribuído significativamente para o reconhecimento formal da tutela jurídica aos pobres, via Ação Civil Pública, representando, assim mais um instrumento de acesso coletivo à justiça.

3.6 Legitimação da Defensoria Pública para a execução coletiva

Vistos os principais aspectos acerca da legitimação da Defensoria Pública para as ações coletivas, imprescindível é a observância da sua atuação na fase executiva da sentença, momento de expectativa em que as partes desejam a realização do direito concedido na decisão judicial.

A execução no sistema processual brasileiro pode ocorrer *ex officio* ou *ex intervallo*, dependendo da natureza da obrigação decorrente do direito afirmado na sentença, ou seja, quando se tratar de obrigações de fazer ou não fazer²⁸¹ e de entrega de coisa²⁸², a sentença proferida tem eficácia mandamental²⁸³ e executiva²⁸⁴, respectivamente, de sorte que o juiz, de

²⁸⁰ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Processo Civil. Recurso Especial. Processual Civil. Ação Coletiva. Defensoria Pública, Legitimidade Ativa. Art. 5º, II, da Lei nº 7.347/1985 (Redação da Lei nº 11.448/2007). Precedente. Relator: Ministro José Delgado. 26 de fev. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=legitimidade+da+defensoria+publica&&b=ACOR&p=true&t=&I=10&i=1>>. Acesso em: 26 de mai. 2008.

²⁸¹ O artigo 461 do Código de Processo Civil assim dispõe: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”.

²⁸² O artigo 461-A do Código de Processo Civil trata da sentença executiva, ao dispor: “Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação”.

²⁸³ ZANETI JUNIOR, op. cit., 2006, p. 83, explica a eficácia mandamental das sentenças da seguinte forma: “Difere a sentença mandamental da sentença condenatória e da execução forçada pelo ato de império naquela contido e pela variedade na sanção, enquanto nessas (ações condenatórias e executórias) o juiz substitui a parte e a sanção pode ser resolvida em perdas e danos caso haja descumprimento. Naquelas (ações mandamentais), o juiz age em razão do império, emana uma ordem que se origina da própria estatalidade da função jurisdicional (nada relacionada com a atividade privada do demandado)”.

²⁸⁴ Idem, ibidem, o autor destaca que tanto as ações mandamentais quanto as executivas provocam uma alteração no mundo da realidade, sendo que “a ação executiva resulta em substituição do juiz para realizar ato originalmente privado”, enquanto “a ação mandamental provê ato originário do estado”.

ofício, no mesmo processo, determina o cumprimento da obrigação, dispensando-se a propositura da ação executiva em processo posterior, chamada de execução *ex intervallo*²⁸⁵.

Os dois tipos de procedimentos executórios acima referenciados são aplicáveis às ações coletivas, conforme a natureza do direito metaindividual concedido na sentença, do qual decorre a prestação a ser cumprida.

Logo, em se tratando de direitos difusos, cujos beneficiários são indetermináveis, a ordem judicial se dará no sentido de impedir a atividade danosa ou corrigir as lesões causadas de maneira genérica²⁸⁶, já que o direito não é passível de individuação, não se podendo precisar quais e quantas pessoas serão beneficiadas pelo comando judicial.

No caso dos direitos coletivos, a determinação judicial será dada independentemente da individuação dos seus beneficiários, já que a medida atinge a todos os integrantes do grupo, classe ou segmento social²⁸⁷.

Em relação aos direitos individuais homogêneos, geralmente a sentença tem eficácia condenatória, sendo necessária a determinação e identificação dos seus beneficiários, a fim de que os mesmos possam promover o cumprimento da decisão.

Vale lembrar que as sentenças proferidas nas ações coletivas que versam sobre direitos individuais homogêneos são sempre genéricas²⁸⁸, não contendo especificações acerca dos prejuízos sofridos por cada uma das vítimas, devendo o lesado que puder comprovar o seu dano individual promover a execução da parte que lhe é devida, consoante prevê o Código de Defesa do Consumidor, no capítulo sobre a defesa dos interesses individuais homogêneos²⁸⁹.

Na ação coletiva, até como decorrência natural da repartição da cognição que a caracteriza, a sentença será, necessariamente, genérica. Ela fará juízo

²⁸⁵ ZANETI JUNIOR, op. cit., 2006, p. 99.

²⁸⁶ Idem, p. 100, o autor exemplifica a questão citando um tipo de ordem genérica para impedir/prevenir ou corrigir as lesões aos direitos difusos: “É o caso, por exemplo, da concessão de licença para construção na orla marítima sem o prévio estudo do impacto ambiental. Essa atividade, como potencialmente nociva para a flora e fauna locais e o equilíbrio ambiental como um todo, deverá observar os ditames constitucionais que estabelecem a necessidade da previsão das conseqüências aferindo a viabilidade do projeto (art. 225, inc. IV, da CF/88). Sendo concedida ordem coletiva para impedir a continuação das obras, toda a coletividade será beneficiada sem a necessidade de individuação”.

²⁸⁷ Idem, p. 101, o autor dá o seguinte exemplo de ordem judicial de reversão contra ilegalidade a direito coletivo: “(...) a proibição de que advogados retirem os autos de processos no período de férias forenses, a decisão que ordenar a reversão da medida ilegal atingirá a todos os membros do grupo, categoria ou classe, também independentemente de individuação, sendo apenas necessária a ordem de reversão da atividade lesiva”.

²⁸⁸ ZAVASCKI, op. cit., 2007a, p. 169, esclarece que “Sentença genérica é a que faz juízo apenas parcial dos elementos da relação jurídica posta na demanda, e não sobre todos eles, razão pela qual, em princípio, é sentença sem força executiva própria. Depende, para esse efeito, do advento de outro provimento jurisdicional, que complemente a atividade cognitiva, examinando os pontos faltantes”.

²⁸⁹ “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”.

apenas sobre o núcleo de homogeneidade dos direitos afirmados na inicial, ou seja, apenas sobre três dos cinco principais elementos da relação jurídica que envolve os direitos subjetivos objeto da controvérsia: o *an debeat* (= a existência da obrigação do devedor), o *quis debeat* (= a identidade do sujeito passivo da obrigação) e o *quid debeat* (= a natureza da prestação devida). Tudo o mais (o *cui debeat* = quem é o titular do direito e o *quantum debeat* = qual é a prestação a que especificamente faz jus) é tema a ser enfrentado e decidido por outra sentença, proferida em outra ação, a ação de cumprimento.²⁹⁰

Todavia, conforme mencionado anteriormente, o juiz poderá de ofício determinar a realização da sentença, quando a ação versar sobre o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, nos moldes dos artigos 84 do Código de Defesa do Consumidor e do artigo 461 do Código de Processo Civil, ambos com a mesma redação.

Outrossim, no intuito de facilitar a obtenção da tutela específica, o legislador admitiu para a defesa dos interesses metaindividuais “a utilização de todas as espécies de ações capazes de propiciar a sua adequada e efetiva tutela”²⁹¹.

Em se tratando da legitimação para a execução nas ações coletivas, deve-se ressaltar as diferenças existentes em face do direito consagrado na sentença, se individual homogêneo, coletivo ou difuso, em razão dos quais a legitimação para promover a execução poderá ser ordinária ou extraordinária.

Isto porque nas ações para a defesa de interesses difusos e coletivos, onde o direito consagrado judicialmente é transindividual e, portanto, indivisível, o cumprimento da sentença é requerido em regime de substituição processual, pelos mesmos legitimados ativos designados para a fase cognitiva, já que impossível a delimitação do prejuízo sofrido por cada um dos titulares daqueles interesses²⁹².

Tal é a interpretação do artigo 15 da Lei nº 7.347/85 – Ação Civil pública, segundo o qual, “decorridos 60 (sessenta) dias do trânsito em julgado da sentença condenatória, sem que

²⁹⁰ ZAVASCKI, op. cit., 2007a, p. 169-170.

²⁹¹ Artigo 83 do Código de Defesa do Consumidor.

²⁹² COUTO, Guadalupe Louro Turos. A Efetividade da Liquidação e da Execução da Tutela Jurisdicional Coletiva na Área Trabalhista e o Código Brasileiro de Processos Coletivos. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves Castro; Watanabe, Kazuo. (Coord.). **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 298, ressalta que “Nos instrumentos processuais vigentes (Lei de Ação Civil Pública e Código de Defesa do Consumidor) não há dispositivo expresso acerca de quem são os legitimados para liquidar as obrigações. Diante dessa lacuna, a doutrina e a jurisprudência têm entendido ser aplicável à espécie o previsto no art. 15 da LACP”.

a associação autora lhe promova a execução, deverá fazê-lo o Ministério Público, facultada igual iniciativa aos demais legitimados²⁹³.

Portanto, na liquidação e execução de sentença que verse sobre direitos difusos e coletivos, o próprio autor da ação coletiva poderá provocar o cumprimento da sentença, e, caso este permaneça inerte, o Ministério Público tomará a iniciativa ou qualquer dos outros legitimados.

Sendo assim, proposta uma ação coletiva pela Defensoria Pública, para a defesa de interesses difusos ou coletivos de necessitados, a execução da sentença daí resultante também será promovida pela Defensoria, pelo mesmo regime de substituição processual. Outrossim, quando a ação coletiva não for proposta pelo Defensor Público, e o seu autor não tomar a iniciativa executória, a Defensoria Pública como legitimada poderá fazê-lo em defesa dos direitos difusos e coletivos dos necessitados que serão beneficiados por aquela sentença favorável.

Por outro lado, em se tratando das ações para tutela de direitos individuais homogêneos, cuja sentença é genérica, como vimos há pouco, a legitimação para a promoção da liquidação e execução da sentença é ordinária, ou seja, o titular do direito é quem vai postular em seu próprio nome e para o seu benefício o cumprimento da decisão judicial.

Vê-se, pois, que a legitimação extraordinária utilizada na fase cognitiva da ação coletiva para a defesa de interesses individuais homogêneos cessa naquela mesma fase, não se estendendo à fase executiva como ocorre no cumprimento das sentenças sobre direitos difusos e coletivos. Isto se dá em virtude da natureza divisível do direito individual homogêneo, cuja origem comum permite a reunião de vários titulares em só processo, mas não retira a possibilidade de aferir os prejuízos individuais de cada um.

O regime da legitimação ativa assim estabelecido guarda relação estreita e é consequência natural da primeira característica da ação coletiva: a da repartição da atividade cognitiva. Realmente, se na ação coletiva, da primeira fase, a cognição envolve apenas os aspectos comuns dos direitos homogêneos, sem levar em consideração os elementos típicos de cada situação individual dos seus titulares e sem se preocupar nem mesmo em identificá-los, é lógico e natural que, nessa fase, seja dispensada a legitimação ativa pelo regime normal da representação, prevista no art. 6º do CPC. Exigir-se, já nessa fase, que os próprios titulares do direito figurem no pólo ativo da relação processual importaria, na prática, comprometer a natureza e a característica básica da ação coletiva, transformando-a em puro e simples litisconsórcio ativo facultativo.

²⁹³ BRASIL, Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1364.

Por outro lado, é também lógico e natural que, na ação de cumprimento, da segunda fase, na qual a cognição judicial dirige seu foco aos aspectos particulares e individuais dos direitos subjetivos, sejam os próprios interessados os autores da demanda.²⁹⁴

Desta forma, a iniciativa para o cumprimento das sentenças que versam sobre direitos individuais homogêneos se dá por meio da representação, podendo a Defensoria Pública promovê-la em nome do titular necessitado, de acordo com o artigo 97²⁹⁵ do Código de Defesa do Consumidor, o qual atribuiu a promoção da liquidação e execução às vítimas, seus sucessores e aos demais legitimados.

Mas a execução da sentença sobre direitos individuais homogêneos também poderá ser coletiva, nos termos do artigo 98²⁹⁶ do Código de Defesa do Consumidor, podendo, pois, a Defensoria Pública, como um dos legitimados elencados no artigo 82 do referido diploma legal, promover a execução em representação àquelas vítimas necessitadas cujas indenizações já foram especificadas na sentença de liquidação.

Além da representação individual e coletiva acima citadas, pode ainda a Defensoria Pública promover o cumprimento de sentença sobre direito individual homogêneo quando este não for iniciado no prazo de um ano da sentença condenatória, ou o for em número de titulares incompatível com a gravidade do dano, nos termos do artigo 100²⁹⁷ do Código de Defesa do Consumidor.

Todavia, urge salientar, que a iniciativa prevista no artigo 100 do Código acima citado enseja a atuação dos legitimados em regime de substituição processual, já que estarão defendendo em nome próprio direito alheio, sendo o produto da indenização destinado a um Fundo²⁹⁸, por meio do qual os recursos serão gerenciados e destinados em benefício dos interessados.

Tal medida, chamada de reparação fluída ou *Fluid Recovery*²⁹⁹, foi inspirada no direito norte-americano, com o intuito de viabilizar a defesa de consumidores cujas lesões

²⁹⁴ ZAVASCKI, op. cit., 2007a, p. 169.

²⁹⁵ “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”.

²⁹⁶ “A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o art. 82, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiverem sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções”.

²⁹⁷ “Decorrido o prazo de um ano sem habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os legitimados do art. 82 promover a liquidação e execução da indenização devida”.

²⁹⁸ Assim dispõe o parágrafo único do artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor: “O produto da indenização devida reverterá para o fundo criado pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985”.

²⁹⁹ COUTO, op. cit., p. 304, ressalta que “Essa autorização para liquidar coletivamente a sentença genérica, em substituição às vítimas que não se interessaram em buscar em juízo a indenização devida, recebeu o nome de reparação fluída ou *Fluid Recovery*”.

consideradas individualmente são insignificantes e desestimulam as vítimas a promoverem suas execuções individuais, mas quando reunidas numa só execução tornam-se vultosas e evitam “a impunidade do responsável pela prática lesiva, com a punição do réu pelo dano globalmente causado, embora a sua origem seja referente aos interesses individuais homogêneos”³⁰⁰.

Percebe-se, então, que a iniciativa para a liquidação e execução das sentenças que versem sobre direitos individuais homogêneos pode se dar de forma **individual**, pela própria vítima e seus sucessores; **coletiva**, pelos co-legitimados para as ações coletivas; e **subsidiária**, pelos co-legitimados coletivos, quando não aparecerem titulares ou estes forem em número insuficiente.

Nas duas primeiras formas a legitimação é ordinária, enquanto na última, subsidiária, a legitimação é extraordinária. Em todas estas formas de promoção de liquidação e execução de interesses individuais homogêneos dos necessitados vislumbramos a possibilidade da atuação da Defensoria Pública, seja como representante ou substituto processual.

A atuação da Defensoria Pública, enquanto instituição essencial à função jurisdicional do Estado, na defesa dos interesses dos necessitados, sejam estes difusos, coletivos ou individuais homogêneos, é imprescindível para a prestação do direito fundamental de acesso coletivo à Justiça.

³⁰⁰ COUTO, op. cit., p. 304.

CONCLUSÕES

1. Os conflitos sociais surgem a partir de uma escassa oferta de bens e serviços frente a uma significativa quantidade de carências humanas, competindo, pois, ao Direito, a missão de estabilizar a ordem social, concedendo a algumas pessoas, em detrimento de outras, certos bens da vida, impondo limites à liberdade individual em benefício da liberdade coletiva, numa perene construção da paz social.

2. O estudo do acesso à justiça perpassa pela análise do acesso das coletividades ao serviço judiciário, já que muitas delas além de não terem conhecimento acerca dos instrumentos legais existentes para a tutela desses direitos, esbarram nos obstáculos da falta de capacidade técnica e recursos financeiros suficientes para a viabilização da sua defesa judicial.

3. A compreensão do significado de acesso à justiça é indispensável para o entendimento sobre o acesso coletivo à justiça, tendo como premissa o estudo do contexto histórico em que este direito está inserido até a sua compreensão moderna, levando em conta os conceitos tradicionais elaborados pela doutrina, a sua relação com os conflitos sociais modernos, bem como a sua função enquanto direito fundamental assegurado na Constituição. O acesso à justiça como acesso ao processo, ao Judiciário, a uma justiça burocratizada, ainda não está superado, em virtude da precária assistência judiciária e jurídica existente no Brasil, fato que além de inibir o ingresso daqueles que não dispõem de recursos para arcar com as custas judiciais e honorários advocatícios, ainda promove o descrédito no Judiciário e o aumento do sentimento de discriminação.

4. O veículo que levará a parte ao judiciário é o advogado, responsável pela formalização do pedido da parte às vias judiciais, constituindo-se desse modo, no “*bilhete de ingresso*” para a justiça, provimento almejado que existe e está formalmente disponível para todos. O acesso, portanto, é a prerrogativa, a oportunidade para alcançar o provimento jurisdicional. **O acesso à justiça, por sua vez, é o direito fundamental à prestação pelo Estado de assistência jurídica ampla, integral**, abrangendo não só o direito de ingressar com uma ação em juízo por meio de um defensor público, mas, essencialmente, a prestação da informação sobre seus direitos, a consulta jurídica, a assistência extrajudicial, a mediação de conflitos, entre outros meios de pacificação social.

5. Enquanto direito fundamental, o acesso à justiça enquadra-se na segunda dimensão da classificação dos direitos fundamentais, direitos prestacionais, pelo seu caráter positivo, pela sua característica principal de outorgar ao indivíduo o direito a uma prestação social estatal de assistência jurídica integral.

6. A carência pela tutela dos interesses coletivos não é inovação, pois as necessidades decorrentes das relações sociais é fato que remonta à formação dos grupos e da própria coletividade, onde rotineiramente surgem lesões a direitos e onde os conflitos deixam de ser vinculados a partes iguais e individualizadas, passando a ser observados aqueles oriundos das reivindicações e movimentos sociais. O direito de acesso à justiça que no âmbito individual diz respeito aos interesses exclusivos de uma pessoa, no âmbito coletivo assume dimensão social e política, em virtude de corresponder aos interesses de toda uma coletividade.

7. É no processo coletivo que o princípio da universalidade da jurisdição atinge a sua plenitude, de modo a abrir oportunidade de ingresso em juízo àqueles que pelo processo individual não chegariam à justiça. As ações coletivas surgiram justamente para adaptar o sistema processual à nova realidade social, composta por interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, proporcionando a diminuição do número de processos sobre a mesma matéria no Poder Judiciário, tendo em vista a sua discussão em uma única ação, representando, assim, o reconhecimento formal da cidadania coletiva, devendo o Estado cuidar para que o aparato legal possa estar sempre preparado a dirimir os conflitos oriundos dos novos interesses de massa.

8. O interesse coletivo é aquele originário de interesses individuais que se fundem num único objetivo, onde os desejos imediatos de cada um cedem espaço para um ideal coletivo, de forma a se organizarem em grupos estruturados, nos quais é possível a determinação dos seus portadores, vinculados juridicamente por uma situação comum. O interesse difuso abrange um universo muito maior do que o interesse coletivo podendo atingir até a humanidade, pois pertencem a um número indeterminável de sujeitos. Já os individuais homogêneos possuem titular determinado e podem ser lesados e satisfeitos de maneira individualizada, podendo ainda a sua tutela jurisdicional ser realizada de modo coletivo por meio da substituição processual, e de modo individual, via representação.

9. Nota-se também que os principais elementos a serem observados na identificação do tipo de interesse se referem às lesões provocadas pelos danos, se divisíveis ou não; às pessoas lesadas, se determináveis ou não, e ao proveito decorrente do interesse questionado, se divisível ou não. Assim como distintos são os interesses coletivos *lato sensu* dos

individuais homogêneos, também distintas são as formas da sua tutela jurisdicional, de sorte que ao lado dos mecanismos para a defesa de direitos transindividuais estão os mecanismos para a defesa coletiva de direitos individuais, cada um destinado a tutelar um tipo de interesse.

10. Para a tutela dos interesses coletivos *lato sensu* o direito vigente prevê a ação civil pública, a ação popular e a ação de improbidade administrativa. Tais mecanismos compõem a **defesa de direitos coletivos**. Em se tratando da tutela dos interesses individuais homogêneos, existe a previsão legal da ação civil coletiva, disciplinada no Código de Defesa do Consumidor, nos artigos 91 a 100, e do mandado de segurança coletivo, cujos instrumentos representam a **defesa coletiva de direitos**.

11. A tutela coletiva brasileira, a despeito de todo o arcabouço legal existente, ainda enfrenta algumas dificuldades de ordem prática, concernentes à admissão em juízo, à legitimidade, ao interesse processual, em face de entendimentos jurisprudenciais e doutrinários contraditórios que acabam por inibir o acesso coletivo à justiça.

12. **A Defensoria Pública é o veículo de acesso dos necessitados ao provimento jurídico e judicial**, tendo a sua criação incidido diretamente sobre o acesso ao Direito, uma das faces do acesso à Justiça, uma vez que as pessoas carentes passaram a usufruir da orientação jurídica e dos serviços de conciliação dos conflitos, atendimento muito mais efetivo do que a simples gratuidade das custas judiciais, como ocorria na assistência judiciária, já que permitia o acesso ao conhecimento, ao Direito.

13. Para a legitimação nas ações coletivas a legislação brasileira estabelece a legitimação do particular, como é o caso do cidadão, legitimado para a ação popular; a legitimação de pessoas jurídicas, como as associações, sindicatos e partidos políticos para a propositura do mandado de segurança coletivo; a legitimação de órgãos ou entidades do Poder Público, como ocorre com a legitimação do Ministério Público e da Defensoria Pública para a propositura da ação civil pública. Das correntes doutrinárias estudadas, a da **legitimação extraordinária é a mais adequada à tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos**, caracterizando-se como **ativa, exclusiva, autônoma, concorrente e disjuntiva**.

14. A legitimação da Defensoria Pública para a defesa dos interesses metaindividuais foi atribuída desde a sua criação, pela Lei Complementar nº 80/94, cuja redação inseriu dentre as suas funções institucionais a defesa da criança e do adolescente e o patrocínio dos direitos e interesses do consumidor lesado. Embora não mencionasse literalmente a proteção aos interesses difusos, como o fez a Lei Complementar do Estado de Pernambuco, em seu artigo 4º, I, percebe-se que tal proteção está implícita nas funções institucionais da Defensoria Pública. O artigo 82, III do Código de Defesa do Consumidor também confere legitimidade à

Defensoria Pública, já que a mesma é um órgão essencial à função jurisdicional do Estado, segundo o artigo 134 da nossa Carta Magna, cuja função abrange a tutela dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos.

15. A legitimidade da Defensoria Pública para a tutela dos interesses metaindividuais, prevista na Lei 11.448 de 15 de Janeiro de 2007 que alterou o artigo 5º da Lei 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública, representa um reconhecimento já conferido aos núcleos de defesa do consumidor, integrantes daquele órgão, responsáveis pela defesa de interesses difusos e coletivos, para os quais o Superior Tribunal de Justiça já vinha confirmando a legitimidade. Tal inovação suscitou a propositura pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI contra o inciso II do artigo 5º da Lei 7.347/85, com redação dada pela Lei 11.448/07, por contrariar, segundo argumenta a autora, o disposto no art. 5º, LXXIV, e art. 134, caput, da Constituição Federal, em razão de ser impossível a defesa dos interesses metaindividuais pela Defensoria Pública, face à impossibilidade de se comprovar a carência financeira dos atendidos, via substituição processual.

16. Refutáveis são os argumentos empregados na ADI, pois os titulares de interesses coletivos e individuais homogêneos são perfeitamente identificáveis, assim como também a sua carência financeira, de modo que, para esses, a Defensoria tanto pode atuar como substituto processual, consoante o disposto no artigo 82, III, do Código de Defesa do Consumidor, acima explicitado, quanto na condição de representante processual, no exercício da sua função precípua de patrona das ações cíveis.

17. Quanto aos interesses difusos, embora pertençam, inevitavelmente, a pessoas necessitadas e abastadas, já que atinge toda a sociedade, não se pode preterir o direito dos pobres de acionar o Judiciário para a defesa dos seus direitos, por meio da Defensoria Pública, pelo fato de não poderem ser identificados ou de não ser possível obter expressamente a sua declaração de pobreza nos autos. Ainda que fosse possível precisar a condição de necessitado no início da ação coletiva, não se poderia determiná-la em relação aos beneficiados pelo provimento final, haja vista o efeito *erga omnes* da sentença nas ações coletivas que versam sobre interesses difusos, de modo que negar à Defensoria Pública legitimidade, em razão de estar atendendo não apenas os necessitados, inviabiliza totalmente a ação daquele órgão, frustrando a disposição contida no artigo 134 da Constituição Federal.

18. Em sede de execução coletiva, é perfeitamente cabível a atuação da Defensoria Pública como substituto processual, nas ações coletivas sobre interesses difusos e coletivos propostas por ela, nas execuções promovidas em face da inércia do autor correspondente, bem

como no cumprimento de sentença sobre direito individual homogêneo nos termos do artigo 100 do Código de Defesa do Consumidor. Pode ainda, é claro, atuar na condição de representante do exequente necessitado, titular de interesse individual homogêneo.

19. Considerando que o provimento estatal consistente na prestação do serviço judiciário, destinado não somente aos indivíduos, mas a toda a coletividade, é direito fundamental de todos, necessitados ou não, embora apenas os não necessitados gozem plenamente da prerrogativa de acesso à justiça, a Defensoria Pública é o veículo apto a conduzir os interesses metaindividuais dos necessitados à justiça, por meio da sua defesa plena, equalizando as discrepâncias sociais existentes.

Procurou-se ao longo deste estudo, sem pretensões exauríveis, compreender o significado do acesso coletivo à justiça e esclarecer as divergências existentes acerca da legitimidade da Defensoria Pública na proteção dos interesses metaindividuais dos necessitados, cumprindo, pois, aos profissionais do direito, especialmente àqueles que integram as defensorias públicas estaduais e àqueles atuantes junto às camadas sociais mais necessitadas, exercer a legitimidade outorgada pela lei, cientes de que o seu ofício constitui-se para os despossuídos no bilhete de ingresso indispensável à justiça.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Renan; MACIEL, José Fabio Rodrigues. **História do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2007.

ARAÚJO, José Renato de Campos; LIMA, Fernão Dias de Lima; SADEK, Maria Tereza. **Acesso à Justiça**, São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

BERIZONCE, Roberto O. **Efectivo Acceso a la Justicia**: propuesta de un modelo para el Estado Social de Derecho. La Plata: Libreria Editora Platense, 1987.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à Justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL, Constituição Federal de 1988. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a Ação Popular. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Lei nº 11.448, de 15 de Janeiro de 2007. Altera o art. 5º da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública, legitimando para sua propositura a Defensoria Pública. **Planalto**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Lei/L11448.htm>. Acesso em: 09 de mai. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, visando à declaração da inconstitucionalidade do inciso II do art. 5º da Lei 7.347/85, com redação dada pela Lei 11.448/07, por contrariar o disposto no art. 5º, LXXIV, e art. 134, caput, da Constituição Federal. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em:

<<http://www.stf.gov.br/portal/peticaoInicial/pesquisarPeticaoInicial.asp>>. Acesso em: 26 de mai. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Processo Civil. Embargos de Declaração. Omissão no Julgado. Inexistência. Ação Civil Pública. Defesa Coletiva dos Consumidores. Contratos de Arrendamento Mercantil atrelados a moeda estrangeira. Maxidesvalorização do real frente ao dólar norte-americano. Interesses individuais homogêneos. Legitimidade ativa do órgão especializado vinculado à Defensoria Pública do Estado. Relator: Ministro Castro Filho. 05 de set. 2006. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em:

<<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=legitimidade+da+defensoria+publica&&b=ACOR&p=true&t=&I=10&i=11>>. Acesso em: 26 de mai. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Processo Civil. Recurso Especial. Processual Civil. Ação Coletiva. Defensoria Pública, Legitimidade Ativa. Art. 5º, II, da Lei nº 7.347/1985 (Redação da Lei nº 11.448/2007). Precedente. Relator: Ministro José Delgado. 26 de fev. 2008.

Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:

<<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=legitimidade+da+defensoria+publica&&b=ACOR&p=true&t=&I=10&i=1>>. Acesso em: 26 de mai. 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Processual Civil. Ação Civil Pública. Interesse Coletivo dos Consumidores. Legitimidade ativa da Defensoria Pública. Relator: Des. Araken de Assis. 12 de abr. 2006. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site_php/jprud2/resultado.php>. Acesso em: 26 de mai. 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Ação Civil Pública - Defensoria Pública Legitimidade Ativa – Interdição de Estabelecimento de Ensino – Tutela Antecipada – Prova Inequívoca – Ausência. Relator: Des. Edílson Fernandes. 30 de out. 2007. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em:

<http://www.tjmg.jus.br/juridico/jt_/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=0153&ano=7&txt_processo=66154&complemento=001&sequencial=&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=>>. Acesso em: 26 de mai. 2008.

BUZAID, Alfredo. **Estudos e Pareceres de Direito Processual Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

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

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública**: uma nova sistematização da teoria geral do processo. 2 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria Geral do Direito**. São Paulo: Lejus, 2000.

CESAR, Alexandre. **Acesso à Justiça e Cidadania**. Cuiabá: EdUFMT, 2002.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

CICHOCKI NETO, José. **Limitações ao Acesso à Justiça**. Curitiba: Juruá Editora, 2002.

COUTO, Guadalupe Louro Turos. A Efetividade da Liquidação e da Execução da Tutela Jurisdicional Coletiva na Área Trabalhista e o Código Brasileiro de Processos Coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves Castro; Watanabe, Kazuo. (Coord.). **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DAHRENDORF, Ralf. **O Conflito Social Moderno**: um ensaio sobre a política da liberdade. Trad. Renato Aguiar; Marco Antônio Esteves da Rocha. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1992.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: teoria geral do processo e processo de conhecimento. Vol. 1. Salvador: Jus Podivm, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002a.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. 1, 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002b.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol 2. 4 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

FERRARESI, Eurico. A Pessoa Física como Legitimada Ativa à Ação Coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves Castro; Watanabe, Kazuo. (Coord.). **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. Ação Civil Pública. Ação Popular. A Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos. Posição do Ministério Público. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, n. 208, p. 35-53, abr./jun. 1997.

FILARDI, Hugo. Ação Civil Pública e Acesso à Justiça. **Revista de Processo**. São Paulo, n. 133, p. 27-47, mar. 2006. ISSN 0100-1981.

GARCIA, Emerson. **A Legitimação da Defensoria Pública para o Ajuizamento da Ação Civil Pública**: delimitação de sua amplitude. Disponível em: <<http://www.acmp.org.br/upload/noticiasarquivos/parecer02.doc>>. Acesso em: 26 de mai. 2008.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. **O Acesso à Justiça em Mauro Cappelletti**: análise teórica desta concepção como “movimento” de transformação das estruturas do processo civil brasileiro. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

_____. GOMES NETO, José Mário Wanderley; HOLANDA, Maria Lucicleide Cavalcanti da Silva. Cidadania e Acesso à Justiça: o modelo de assistência jurídica oferecido pelo Estado de Pernambuco, a partir da Constituição de 1988. In: SEVERO NETO, Manoel. (Org.). **Direito, Didadania & Processo**. Recife: FASA, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito Processual Coletivo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves Castro; Watanabe, Kazuo. (Coord.). **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HELLER, Agnes. **Una Revisión de la Teoría de las Necesidades**. Barcelona: Ediciones Paidós, 1996.

HOUAISS, **Dicionário Eletrônico da Língua Portuguesa**. Versão 1.0.

LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MAIA, Diogo Campos Medina. A Ação Coletiva Passiva: o retrospecto histórico de uma necessidade presente. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves Castro; Watanabe, Kazuo. (Coord.). **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos**: conceito e legitimação para agir. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. A Concomitância Entre Ações de Natureza Coletiva. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves Castro; Watanabe, Kazuo. (Coord.). **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos.** 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. **Ações Coletivas: no direito comparado e nacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. O Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos: visão geral e pontos sensíveis. *In:* GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves Castro; Watanabe, Kazuo. (Coord.). **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Associações Cíveis e a Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: do direito vigente ao direito projetado. *In:* GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluísio Gonçalves Castro; Watanabe, Kazuo. (Coord.). **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 17 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Legitimidade para a Defesa dos Interesses Coletivos Lato Sensu, Decorrentes de Questões de Massa. **Revista de Direito do Consumidor.** São Paulo, v. 14, n. 56, p. 135-182, out/dez. 2005.

MOURA ROCHA, José de. **O Interesse na Ação Declaratória.** Recife: Oficinas Gráficas da Imprensa Oficial, 1953.

NERY JUNIOR, Nelson. A Defesa do Consumidor no Brasil. **Revista de Direito Privado.** São Paulo, v. 5, n. 18, p. 218-298, abr./jun. 2004.

OLIVEIRA, Luciano; PEREIRA, Affonso Cezar. **Conflitos Coletivos e Acesso à Justiça.** Recife: Editora Massangana, 1988.

PASSOS, J. J. Calmon de. **Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PERNAMBUCO, Lei Complementar nº 20 de 09 de junho de 1998. Institui e organiza a Defensoria Pública do Estado de Pernambuco, por transformação da Assistência Judiciária do Estado, cria a carreira e cargos de Defensor Público e dá outras providências. **Legislação Defensoria Pública do Estado de Pernambuco.** Recife, dezembro 2003.

QUEIROZ, Cláudia Carvalho. **A Legitimidade da Defensoria Pública para Propositura da Ação Civil Pública**. Disponível na Internet.

[Http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7566](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7566). Acesso em: 26 de mai. 2008.

ROBERT, Cinthia; SÉGUIN, Elida. **Direitos Humanos, Acesso à Justiça: um olhar da Defensoria Pública**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000.

ROCHA, J. Elias Dubard de Moura. **Interesses Coletivos: a ineficiência de sua tutela judicial**. Curitiba: Juruá, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**, 7 ed, São Paulo: Cortez, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

SCHEER, Milene de Alcântara Martins. A Dimensão Objetiva do Direito Fundamental ao Acesso à Justiça e a Efetividade da Norma Constitucional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, ano. 14, n. 54, p. 283, jan/mar. 2006.

SEVERO NETO, Manoel. **Substituição Processual**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Celeridade e Efetividade da Prestação Jurisdicional. Insuficiência da Reforma das Leis Processuais. **Revista de Processo**. São Paulo, ano. 30, n. 125, p. 64, julho 2005.

VALLADÃO, Haroldo. **História do Direito Especialmente do Direito Brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Gráfica O Cruzeiro S.A., 1974.

VARGAS, Cirilo Augusto. **A Defensoria Pública e o Problema da “Pertinência Temática”**. Jan. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10875>>. Acesso em: 26 de mai. 2008.

_____. **ADI 3.943: atentado contra a democracia**. Set. 2007. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10490>>. Acesso em: 26 de mai. 2008.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Defendant Class Action Brasileira: limites propostos para o “Código de Processos Coletivos”. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves Castro; Watanabe, Kazuo. (Coord.). **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **Processo Coletivo**. Salvador: Jus Podium, 2006.

_____. A Efetividade do Mandado de Segurança Coletivo no Código Brasileiro de Processos Coletivos. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves Castro; Watanabe, Kazuo. (Coord.). **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007a.

_____. Reforma do Processo Coletivo: indispensabilidade de disciplina diferenciada para direitos individuais homogêneos e para direitos transindividuais. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves Castro; Watanabe, Kazuo. (Coord.). **Direito Processual Coletivo e o Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007b.